



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

THIAGO ANDRÉ MARQUES VIEIRA

**A PRISÃO CIVIL SOB O ÂNGULO PROCESSUAL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Florianópolis
2014

THIAGO ANDRE MARQUES VIEIRA

**A PRISÃO CIVIL SOB O ÂNGULO PROCESSUAL: UMA
ANÁLISE A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação submetida ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Estado, Direito e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Florianópolis
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

VIEIRA, THIAGO ANDRE MARQUES

A PRISÃO CIVIL SOB O ÂNGULO PROCESSUAL : UMA ANÁLISE A
PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS / THIAGO ANDRE MARQUES
VIEIRA ; orientador, Eduardo de Avelar Lamy -
Florianópolis, SC, 2014.
180 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Prisão civil. 3. Tutela executiva. 4.
Tutela efetiva e adequada. 5. Teoria da adequação. I. Lamy,
Eduardo de Avelar. II. Universidade Federal de Santa
Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Folha de Aprovação

Dedico este trabalho as minhas avós,
Eugênia (*Vó Geni*) e
Maria de Lourdes (*Vó Ude*), *in*
memoriam,
que não puderam compartilhar este
momento comigo.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é uma das tarefas mais árduas daquele que se dedica à realização de um trabalho de tal magnitude. A apreensão de esquecer alguém é algo imensurável na cabeça de um escritor, seja ele científico ou profissional. Portanto, para não cometer qualquer injustiça, agradecerei somente àquelas pessoas cuja contribuição foi direta na construção deste trabalho.

Primeiramente, agradeço aos meus pais e à minha irmã, por compreender os períodos de ausências e afastamentos até a conclusão desta empreitada.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy, que foi imprescindível para o meu crescimento enquanto profissional e cientista do Direito. Gostaria de ressaltar que sem as suas orientações este trabalho jamais poderia ter sido concluído.

Agradeço ao grande amigo Fernando de Aquino Fontes, pelo incentivo diário para a realização deste trabalho, por aturar os monólogos quase incompreensíveis a quem não é do ramo jurídico e, principalmente, por aguentar toda a carga emocional e os lampejos de quase desistência do trabalho.

Agradeço ao amigo Eduardo Felipe Valente, por todos os momentos de “salvação”, nos incontáveis problemas técnicos de informática; sua presteza, quase sempre imediata, foi fundamental.

Agradeço também ao amigo Bernardo Rohden Pires, pelo incentivo e ajuda, especialmente por emprestar, em seu nome, dois livros da biblioteca do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, essenciais à realização da pesquisa.

Agradeço, ainda, à Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, por todo o aprendizado proporcionado, desde a graduação até a pós-graduação. Lembro que entrei um menino e após oito anos e meio como aluno e professor saio um homem formado. Sem dúvida, este tempo foi essencial para a minha formação como indivíduo e cidadão.

Agradeço, por fim, ao Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, por proporcionar experiências imprescindíveis para a formação de um professor, fruto do trato diário em sala de aula.

"A mente que se abre a uma nova ideia
jamais voltará ao seu tamanho original."
(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto analisar o instituto da prisão civil dentro do ordenamento brasileiro, principalmente dentro da perspectiva do processo civil. Tal tema é de alta complexidade, pois envolve a análise de preceitos constitucionais, de modo a ser imprescindível o estudo de teorias de interpretação de normas jurídicas, principalmente o confronto das teorias de Robert Alexy e Klaus Günther. No plano infraconstitucional, o tema se coloca no campo do direito processual civil aplicado, especificamente no estudo do conceito de tutela jurisdicional e, conseqüentemente, tutela executiva. O conceito de tutela executiva está incluso no conceito de tutela mandamental, pois para a prestação deste tipo de tutela é necessário o exercício de atividade jurisdicional executiva, indiretamente por meio da coerção. Ainda, os meios de coerção previstos no direito brasileiro e mais detidamente sobre a coerção pessoal e suas respectivas restrições constitucionais foram inseridos no conceito de tutela executiva indireta. Dentro de uma perspectiva de direitos fundamentais, em determinadas circunstâncias concretas é cabível o uso da prisão como instrumento de coerção para a garantia da prestação da tutela jurisdicional adequada.

Palavras-chave: Prisão civil. Tutela executiva. Tutela efetiva e adequada. Teoria da adequação.

ABSTRACT

The present work has the purpose to analyze the institution of civil arrest within the Brazilian legal system, especially with focus in civil procedural law. This topic is highly complex as involves the discuss about constitutional principles, so be essential to study theories of law interpretation, especially the clash of Robert Alexy's and Klaus Günther's theories. In the field of civil procedural of law, the theme applied specifically the study of the concept of judicial protection and consequently about effective executive protection. The concept of effective executive protection was included in the concept of order's protection, because to provide an order's protection it is necessary judicial activity, specifically with indirect tools. Still, the means of coercion provide by the brazilian legal system, with focus in the personal coercion and their respective constitutional restrictions. Within a perspective of fundamental rights, in certain specific circumstances it is reasonable the use of civil arrest as an instrument of coercion to ensure the provision of adequate judicial protection.

Keywords: Civil arrest. Effective executive protection. Adequate judicial protection. Klaus Günther's theory.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	19
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO.....	23
2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO COMO ELEMENTO DE GARANTIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	25
2.1.1 A crise do positivismo jurídico na garantia concreta dos direitos fundamentais	25
2.1.2 O “neoconstitucionalismo” e a imantação do direito constitucional pelo ordenamento jurídico	32
2.1.2.1 O “neoconstitucionalismo” e a necessidade de um novo modelo de interpretação das normas jurídicas: da técnica da ponderação à técnica da adequação	39
2.1.2.1.1 <i>A técnica da ponderação de Robert Alexy.....</i>	<i>43</i>
2.1.2.1.2 <i>A técnica da adequação de Klaus Günther.....</i>	<i>49</i>
2.2 O “NEOCONSTITUCIONALISMO” COMO INFLUÊNCIA PARA A ALTERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO PROCESSO EM RAZÃO DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	53
2.2.1 A concepção clássica de processo	54
2.2.2 “Neoprocessualismo” ou formalismo-valorativo: a imantação dos direitos fundamentais no processo.....	56
2.2.2.1 “Neoprocessualismo” e direitos fundamentais processuais: uma breve análise dos princípios do processo justo e da tutela adequada como elementos legitimadores da função jurisdicional.....	59
2.2.2.1.1 <i>O princípio do processo justo.....</i>	<i>60</i>
2.2.2.1.2 <i>O princípio da tutela efetiva e adequada.....</i>	<i>66</i>
3. TUTELA EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .	71
3.1 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL NO BRASIL: A TUTELA EXECUTIVA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	71
3.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TUTELA EXECUTIVA.....	77
3.2.1 Execução direta.....	83
3.2.2 Execução indireta	87

3.2.2.1 A flexibilização do princípio da tipicidade como instrumento de garantia da prestação da tutela jurisdicional mais adequada.....	94
3.2.2.2 Os meios coercitivos no direito processual civil brasileiro	109
3.2.2.2.1 <i>Da coerção pecuniária</i>	109
3.2.2.2.2 <i>Da coerção pessoal: a prisão como medida necessária para o cumprimento das decisões judiciais</i>	112

4. O INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 O INCISO LXVII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROIBIÇÃO DA PRISÃO CIVIL EM CONFORMIDADE COM O PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA.....	119
4.1.1 A prisão do devedor de prestação alimentícia	121
4.1.2 A prisão do depositário infiel e a Súmula Vinculante n. 25.....	128
4.2 A PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA NECESSÁRIA (ART. 461, §5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO EM ESPÉCIE	139
4.2.1 A diferença entre dívida pecuniária e litígio fundado na prestação de direitos em espécie.....	139
4.2.2 Requisitos para uso da prisão como medida coercitiva necessária para a garantia do direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional adequada.....	155

5. CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS.....

1. INTRODUÇÃO

O estudo, além das questões constitucionais, envolve a análise do direito processual civil aplicado, principalmente o conceito de tutela jurisdicional e, por consequência, de tutela executiva. Dentro dessa temática, abordar-se-ão os conceitos de execução indireta e de instrumentos coercitivos: a multa e a prisão civil.

O trabalho tem como principais marcos teóricos as obras intituladas “A tutela inibitória da vida privada”, de Sérgio Cruz Arenhart, “Execução indireta”, de Marcelo Lima Guerra, e “Teoria da argumentação no direito e na moral – justificação e aplicação”, de Klaus Günther.

As obras brasileiras foram essenciais para a realização do estudo porque tratam da conceituação do instituto da tutela executiva e de instrumentos coercitivos. A obra do jurista alemão é invocada por apresentar uma teoria de interpretação das normas jurídicas pela perspectiva da adequação ao caso concreto.

O trabalho objetiva precipuamente analisar a prisão civil nas perspectivas da ordem constitucional brasileira em vigor, garante de direitos fundamentais, e do regramento processual civil, especialmente quanto ao uso do instituto como meio de coerção para o respeito às decisões judiciais.

Os objetivos específicos que se colgam ao principal são os seguintes: (i) discorrer sobre os direitos fundamentais e o processo civil, com o foco direcionado para as disciplinas que têm aderência com a temática escolhida; (ii) dissertar sobre a tutela executiva como direito fundamental; e (iii) estudar o instituto da prisão civil no ordenamento jurídico pátrio.

O suporte metodológico idealizado para a realização do estudo, quanto ao tipo de raciocínio, é dedutivo. Quanto à natureza, a pesquisa se define como bibliográfica, haja vista a necessidade de se arregimentar o referencial teórico normativo, doutrinário e jurisprudencial que abarca as temáticas envolvidas. Ainda, estão presentes no referencial de base as teorias de interpretação normativas de Robert Alexy e de Klaus Günther.

O resultado do estudo é apresentado em cinco capítulos. O primeiro, de índole introdutória, é necessário basicamente para contextualizar o tema, apresentar os objetivos e a metodologia escolhida. O segundo capítulo tem por objeto a análise da imantação dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico após a outorga da Constituição Federal de 1988 e as alterações paradigmáticas ocorridas no direito constitucional e que refletiram em outras áreas do direito,

especificamente no direito processual civil. Neste ponto, serão abordadas as teorias ou técnicas de interpretação de normas jurídicas defendidas por Robert Alexy e Klaus Günther, de maneira a demonstrar quais são os mecanismos utilizados pelas respectivas teorias para a resolução de conflitos de normas constitucionais. Tal análise é necessária, pois a influência do “neoconstitucionalismo” conduz a uma interpretação das normas jurídicas pela perspectiva constitucional, de maneira que a resolução de conflitos normativos seja realizada com base nos direitos fundamentais. Dentro do modelo “neoconstitucionalista”, a imantação dos direitos fundamentais também atinge o direito processual civil, gerando um fenômeno específico: o “neoprocessualismo”. No modelo do “neoprocessualismo”, destacam-se dois princípios elevados ao grau de direitos fundamentais como essenciais para a imantação do direito constitucional às normas processuais: o princípio do processo justo e o princípio da tutela efetiva e adequada. Esses dois princípios são elementares, pois é da conjunção de ambos que o conceito de tutela jurisdicional deve ser interpretado atualmente, ou seja, a jurisdição deve assegurar por um instrumento ético a garantia efetiva de direitos e pretensões jurídicas. Essa perspectiva de interpretação do direito processual sob a influência dos direitos fundamentais transformou o direito processual, sugerindo que as intervenções estatais devem ser sensíveis aos jurisdicionados. O direito processual, portanto, para ser útil deve sofrer influência do direito material, de maneira que nem sempre é possível antever todas as situações concretas para a satisfação da jurisdição em instrumentos legislativos. Inserida nesse contexto, a técnica da adequação de Klaus Günther mostra-se como a mais apropriada para a solução de conflitos de normas constitucionais, pois seu foco está na análise do caso concreto, a fim de justificar a aplicabilidade ou a inaplicabilidade das normas jurídicas, ou seja, não se realiza a subsunção da norma ao caso concreto, mas sim a aplicação da norma mais adequada àquela situação fática. O terceiro capítulo toma como ponto de partida o conceito de tutela executiva e sua respectiva evolução. O estudo abrange a execução indireta, também trabalhada como tutela mandamental, na perspectiva da tutela executiva. Isto porque, para a satisfação de uma tutela mandamental deve haver necessariamente o uso da força estatal, mesmo que de maneira coercitiva. A execução indireta é aquela realizada com base em instrumentos de coerção e como é facilmente observável, o direito brasileiro tem clara preferência pela coerção pecuniária, ou seja, a multa. Já a coerção pessoal é altamente restrita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como única hipótese aceita o caso do devedor

inescusável de prestação alimentícia. Por essa razão, para verificar a possibilidade do uso da prisão como instrumento de coerção pessoal para cumprimento de decisões judiciais, a pesquisa debruçou-se sobre o art. 461 do Código de Processo Civil, com maior concentração na atual redação do §5º, introduzida pela Lei n. 8.952/1994, considerada marco de alteração paradigmática do direito processual civil brasileiro, no plano infraconstitucional. Dentro do mencionado artigo está organizada a sistemática de prestação da tutela específica, que só poderá ser realizada mediante o exercício da execução indireta. O quarto capítulo se dedica ao estudo do instituto da prisão civil no direito brasileiro, de maneira a demonstrar as suas limitações e a interpretação constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso, que culminou na edição da Súmula Vinculante n. 25. Ainda, com base na técnica da interpretação de conflitos normativos descrita por Klaus Günther, analisar-se-á a prisão civil nos casos de devedor de alimentos e de depositário infiel, sem afastar a disciplina do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil. Para tanto, será necessário prender a atenção nos comandos legais do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal e da Súmula Vinculante n. 25. Por fim, a derradeira análise visa demonstrar se é possível ou não a justificação da aplicabilidade do instituto da prisão civil, especialmente a sua utilização como instrumento de coerção para o cumprimento de medidas judiciais, amparada na expressão “medidas necessárias”, prevista no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO

O modelo de Estado adotado pela Carta Magna brasileira tem por fundamento proteger as garantias mínimas para a pessoa humana¹, corolário da proteção dos direitos fundamentais, que é o grande elemento fundante e legitimador do Estado de Direito nos dias atuais².

¹ A Constituição da República Federativa do Brasil assenta, em seu art. 1º, inc. III, que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Este valor supremo, esteio do Estado Democrático de Direito, está esmiuçado no rol dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, bem como por outros direitos considerados fundamentais espalhados pelo texto constitucional: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014. Sobre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, Ingo Wolfgang Sarlet explica: “[...] o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo ‘direitos humanos’ se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (**A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 31).

² “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 77.

O Estado brasileiro, portanto, assumiu a posição jurídica de garantir os direitos fundamentais a todas as pessoas, com a intenção de limitar o poder da atuação estatal³.

O mecanismo adotado para garantir a limitação do poder estatal foi a elaboração de uma constituição jurídica para o Estado, com a qual teria permissão para limitar a atuação estatal embasada na lei.

Nesse contexto, nasce o princípio da legalidade, num primeiro momento⁴, como grande vértice dessa arquitetura jurídica, que tem como parâmetro a garantia dos direitos fundamentais individuais⁵.

³ “A perspectiva histórica (evidentemente não apenas no que diz com a trajetória evolutiva dos direitos fundamentais) assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam que a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), é também a história da limitação do poder, ainda mais se considerarmos o vínculo dos direitos fundamentais com a história do constitucionalismo e do que passou a ser designado de Estado Constitucional [Grifo nosso].” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 251-252.

⁴ “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 46-47.

⁵ “De modo geral e corriqueiro, quando se fala em legalidade, a ideia emergente é a de simples conformidade com a lei, entendendo-se por lei o mero texto positivo, o preceito jurídico escrito (*jus scriptum*) e solenemente formulado por uma autoridade constituída, com base num poder delegado pela soberania popular, e onde reside a suprema força do Estado. Esta concepção de legalidade, entretanto, foi sendo deixada para trás a partir do momento em que a sociedade ultrapassou as barreiras do Estado Liberal, também chamado de Estado Legal, no qual prevalecia a ideia de que o Direito se reduzia à lei formal, e onde se

2.1 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO COMO ELEMENTO DE GARANTIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1.1 A crise do positivismo jurídico na garantia concreta dos direitos fundamentais

O Estado Constitucional visa proteger, de maneira mediata e por instrumentos do Direito, a atuação do poder estatal. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais assumem papel essencial na limitação da atuação do poder do Estado, pois são, simultaneamente, a base e o fundamento de tal limitação jurídica imposta ao poder público⁶. A lei, portanto, apresenta-se como a grande ferramenta do Estado Constitucional de Direito.

Conforme expõe Márcio Carvalho Faria⁷, no “Estado Legislativo”, a legitimidade da atuação estatal era aquela

atribuía à doutrina, à jurisprudência, e até mesmo aos princípios, um papel meramente coadjuvante na construção da norma jurídica. Esta convicção acerca do conteúdo material do princípio da legalidade foi gradativamente se perdendo na história com as transformações que conduziram à noção contemporânea de Estado, e promoveram a ascensão normativa da própria Constituição.” RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 408.

⁶ “Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como ‘governo das leis’, mas, sim, como ordenação integral e livre da comunidade política, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – legitimidade da ordem constitucional e do Estado. É neste contexto que assume relevo a concepção, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos’.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 59.

⁷ FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do

consubstanciada na lei e esta, por sua vez, o instrumento de garantia da isonomia dos indivíduos perante o próprio Estado. A atuação jurisdicional era consubstanciada na observância de determinadas práticas e ritos previamente previstos em lei, que legitimavam a atuação do Poder Judiciário⁸.

Nesse momento histórico, o Estado devia atentar para o que estava previsto em lei⁹. A observância dos preceitos legais garantiria a legitimação estatal, ao menos formal, dos direitos fundamentais.

A consequência do “império da lei”¹⁰ é a ocorrência do fenômeno do positivismo jurídico, cujo discurso de legitimidade do Estado se resumia ao conteúdo normativo previsto em lei, o qual, portanto, veio consagrar o princípio da legalidade¹¹.

Sobre o positivismo jurídico, diz-se que objetiva afirmar a estabilidade e a completude do direito, de maneira a resumir o que seria jurídico a um determinado conteúdo normativo, com a clara intenção de

processo. **Revista Ética e Filosofia Política**. Juiz de Fora-MG, UFJF, n. 15, v. 2, 2012, p. 104.

⁸ “Na fase inicial do Estado moderno, o chamado Estado de Polícia, que primou pelo maior controle da vida e das atividades dos cidadãos, restringiu a discricionariedade do agente público porque também se submeteu a uma vinculação à lei, posto que a administração pública devia obedecer aos limites do poder de polícia, sob a apreciação dos tribunais. Isto representou um avanço, pois possibilitou o controle judicial de atos arbitrários e injustos por parte dos agentes do Estado, que não obstante guardem a pretensão de satisfazer o interesse público, pode manifestar-se, na sua forma, por uma arbitrariedade. Mesmo assim, havia uma discricionariedade vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial.” MAGALHÃES, Moacir Lima. O devido processo legal e os direitos fundamentais. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**. Umuarama-PR, Unipar, v. 9, n. 1, 2006, p. 181.

⁹ OSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 253.

¹⁰ FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do processo. **Revista Ética e Filosofia Política**. Juiz de Fora-MG, UFJF, n. 15, v. 2, 2012, p. 104.

¹¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do Direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 302.

afastar o direito da moral, o que garantiria a cientificidade do direito e a neutralidade do intérprete da norma.¹²

Essa concepção de Estado possuía um caráter meramente negativo, ou seja, tinha o condão de limitar a atuação do Estado e impedi-lo de intervir na esfera jurídica privada do indivíduo, sem uma determinada justificativa legal pertinente. A limitação da atividade estatal era limitada pela lei e deveria resguardar os direitos fundamentais¹³ de primeira dimensão¹⁴.

O positivismo jurídico, no entanto, não foi suficiente para atender os anseios das pessoas, de maneira que o modelo de “Estado Legislativo” entrou em crise, principalmente devido a dois fatores: “perda da capacidade reguladora da lei” e “perda de unidade e coerência das fontes normativas”¹⁵.

¹² ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 252.

¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 67.

¹⁴ “Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e de algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 47.

¹⁵ “Atualmente, os modelos de Estado legislativo e de Estado Constitucional de Direito estão em crise, o que representa uma regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno. Essa crise deve-se, sobretudo, a dois fatores, quais sejam, a perda da capacidade reguladora da lei com o retorno ao papel criativo da jurisdição e a perda de unidade e coerência das fontes normativas.” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 253.

A crise constatada do positivismo jurídico fez o Estado de Direito ser repensado, mas sem desperdiçar as conquistas de limitação do poder estatal. Desta feita, cabia ao Estado buscar “a rematerialização dos documentos constitucionais por meio da introdução, nestes, dos princípios”¹⁶, que, por sua vez, objetivavam garantir uma ordem de valores protegida normativamente para tornar possível a sua concretização¹⁷. Em suma, o Estado preocupava-se em garantir a observância dos direitos fundamentais em dúplici perspectiva: formal e material¹⁸.

A atuação do Estado deve garantir efetiva e concretamente a observância dos direitos fundamentais no plano fático, ou seja, assume a responsabilidade que em outro momento pertencia à economia, com a função de acabar com as distorções ocorridas sob a égide do positivismo jurídico e colocá-lo como devedor de condições mínimas de dignidade aos indivíduos¹⁹. Essa sensibilidade sobre a eficácia dos direitos fundamentais possui relação com o “conteúdo essencial”²⁰ dos direitos

¹⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Anais... XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA**, jun. 2008, p. 3.816. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁷ ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Anais... XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA**, jun. 2008, p. 3.816. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁸ “Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 240.

¹⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 68.

²⁰ Virgílio Afonso da Silva adota três critérios para a observação do que pode ser definido como conteúdo essencial dos direitos fundamentais: (a) analisar

fundamentais. O “conteúdo essencial”, por sua vez, é o instrumento que norteia a atuação do Estado no exercício de qualquer de suas funções, seja executiva, legislativa ou jurisdicional²¹.

O positivismo jurídico entrou em colapso logo após a Segunda Guerra Mundial²², pois não cabia ao Estado garantir uma igualdade meramente formal. Ao Estado incumbia assegurar a observância de limitações à atividade estatal e encontrar meios de garantir os direitos fundamentais de uma maneira concreta, principalmente os de segunda dimensão, a fim de que, de fato, possuíssem efetividade²³.

Com base na linha de pensamento de Trícia Navarro Xavier Cabral²⁴, o fracasso do positivismo jurídico pode ser creditado à lacuna que se criou entre direito e moral, haja vista a constatação de que os direitos garantidos em lei não passavam de meras declarações formais, o que, por consequência, fez gerar a sensação de injustiça.

Nesse novo paradigma estatal, cabia ao Estado tomar atitudes positivas com o objetivo de garantir as condições mais dignas para a vida humana, aí incluída a proteção à saúde, à educação, à moradia, à

aquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) estabelecer a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; (c) fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. (O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, v. 4, 2006, p. 41).

²¹ A função do processo será analisada na perspectiva de garantia dos direitos fundamentais, seja no aspecto formal, seja no aspecto material, de modo que o direito fundamental ao processo justo e à tutela efetiva e adequada, como se verá adiante, apresenta-se como corolário para a garantia da efetivação da prestação da tutela jurisdicional. Assim, ao assumir a prerrogativa de pacificador social, o Estado deve proceder de maneira que torne sensível, no plano fático, a atuação jurisdicional. Desta feita, nos termos do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, pode e deve tomar as medidas necessárias para a efetividade da decisão judicial.

²² ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 253.

²³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 67-68.

²⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do Direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 304.

segurança, entre outros direitos a serem prestados pelo Estado. Em resumo, nasce, assim, a concepção de Estado Social²⁵.

A novel preocupação do Estado de prestar direitos foi o que Ingo Wolfgang Sarlet²⁶ denominou de direitos fundamentais de segunda dimensão, entendidos como direitos fundamentais sobre os quais gravita a dignidade da pessoa humana, que invoca o dever do Estado de tomar atitudes positivas para garantir a sua concreta observância.

Nesse quadro, a teoria positivista passou a ser repensada. É que, como visto anteriormente, não obstante o modelo positivista de Estado resguardar a cientificidade do direito acabou criando distorções entre as realidades fática e jurídica. Desta feita, para que os direitos resguardados formalmente fossem efetivados no plano fático, o novo modelo de Estado – Estado Social – tem a sua origem marcada pela reaproximação entre direito e moral.²⁷

A crise do Estado de Direito, consubstanciado única e exclusivamente na lei²⁸, fez repensar, ademais, a própria teoria do direito, a partir do instante em que começou a buscar critérios éticos²⁹ e de equidade, com o fito de garantir os anseios da população de

²⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 68.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 47.

²⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do Direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 304.

²⁸ “Deste modo, temos, especificamente, que o normativismo percebe o direito como uma totalidade de normas, onde a juridicidade firma-se através de uma razão teórica. E o direito como um elemento a ser descoberto por um processo de demonstração, passível de conhecimento, tal qual um objeto. A consequência destes postulados levou a um inexorável distanciamento da realidade fática que, diante da plasticidade da estrutura social, apresentava novos anseios e expectativas inatingíveis pelo processo subsuntivo, referente a uma hermenêutica exegetica, oferecido pelo normativismo.” MELGARÊ, Plínio. A ética como dimensão construtivista do direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 80, 2000, p. 297.

²⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do Direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 305.

determinado Estado, ou seja, as garantias que a sociedade espera de seu respectivo ordenamento jurídico³⁰.

Diante do fracasso do positivismo jurídico³¹, principalmente em razão do afastamento da lei de valores éticos, abriu-se espaço para a rediscussão da teoria do direito, especialmente vislumbrar um modelo constitucional que atendesse a critérios éticos e de equidade, e que levasse em consideração a concretização dos direitos fundamentais³².

Nessa remodelação da teoria do direito, os pensadores não queriam o retorno a um modelo “jusnaturalista” puro, no entanto, verificaram que a estrutura formal da lei era insuficiente para a

³⁰ “A partir destas considerações, é necessário, portanto, rediscutir essa perspectiva estatal, o que, de forma alguma, significa renunciá-la. O que se quer, todavia, é a configuração de Estado e de política comprometidos com a emancipação humana, com o respeito à diferença, com a inclusão do outro e com a formação de legítimos e autênticos cidadãos, que possam exercer simultaneamente a sua autonomia pública e privada, interferindo decisivamente na condução da coisa pública e na construção do seu projeto de felicidade.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 69.

³¹ “Ao fim da Segunda Guerra Mundial, sucumbe a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal. A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 253.

³² “Nesse aspecto, surge a necessidade de uma (re)significação dos direitos fundamentais, entendendo-os como hábeis a viabilizarem e legitimarem esse projeto. É justamente por este motivo que tais direitos não se resumem a apenas a defesa de uma autonomia privada ou mesmo pública dos indivíduos; é preciso mais: deve-se ter em mente, agora, a necessidade do respeito simultâneo à autonomia pública e privada, pois, somente assim, é que se terão as condições necessárias à emancipação humana.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 69.

modelação de um direito que pudesse ser considerado justo³³. Buscavam, portanto, um modelo que pudesse compor o atendimento dos preceitos éticos e ao mesmo tempo se revestisse de uma institucionalidade devidamente formalizada³⁴.

2.1.2 O “neoconstitucionalismo” e a imantação do direito constitucional pelo ordenamento jurídico

Com o reconhecimento do dever estatal de garantir *in concreto* os direitos fundamentais outorgados formalmente, surge um novo paradigma de Estado³⁵: o Estado Social.

³³ “O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O Neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito; entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 253.

³⁴ “A revolução operada na atualidade com o implemento do Estado Constitucional-Democrático de Direito partiu do direito constitucional, o qual com sua capacidade unificadora e textura aberta permite caminhar com outros saberes, em especial a filosofia do direito. É por esse atrelamento – filosofia do direito e direito constitucional – que se vislumbra, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito que seja simultaneamente integradora e útil. Integradora porque não se separa da política, das decisões, da sociedade e da ética-moral, todos elementos presentes em um saber cultural. Neste início de século, retomase o direito como expressão da justiça, agora com parâmetros de racionalidade bem trabalhados, os quais permitem falar em uma dimensão axiológica dentro da metodologia jurídica.” MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 248.

³⁵ “Justamente por isto, hoje a concepção de direitos fundamentais não se restringe a estabelecer limites à ação estatal, tampouco a lhe impor obrigações, as quais, diga-se de passagem, nem sempre são realizadas em razão de limites fáticos. São vistos, agora, como forma de permitir a preservação de uma esfera privada e garantir a participação em arenas públicas, para o quê o respeito às condições sociais, técnicas, históricas e ambientais são fundamentais, pois, somente assim, um discurso de autodeterminação pode ser realizado de maneira legítima e democrática.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma

A propósito, Dário José Kist³⁶ afirma existir uma diferença entre Estado Social e Estado Liberal; enquanto este intenta evitar que o Estado interfira injustificadamente na sociedade, aquele tem por objetivo justamente o oposto, ou seja, exigir que em determinadas situações o Estado faça valer a força da sua interferência para garantir condições mais dignas aos indivíduos.

Esse novo modelo tem como vetor estruturante o dever do Estado de criar mecanismos que proporcionem a efetiva participação da sociedade³⁷, com o objetivo de garantir a todos a efetivação de direitos, principalmente aqueles compreendidos no rol de direitos fundamentais de segunda dimensão^{38,39}.

O Estado Social, que surge do fracasso do positivismo jurídico fruto do afastamento do direito da moral, busca reestabelecer os laços

relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 69.

³⁶ KIST, Dário José. O Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 80, 2000, p. 98.

³⁷ KIST, Dário José. O Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 80, 2000, p. 100.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 62.

³⁹ “Diante da análise das idéias e fatos que levaram à superação das concepções estabelecidas com a Revolução Francesa e típicas do Estado Liberal, viável é a caracterização do Estado Social. Neste diapasão, carece lembrar que quando se fala em Estado, se fala em poder, e a questão umbilicalmente ligada é definir quem é o titular de tal poder, e de que forma ele se manifesta ou distribui. Neste particular, inegável é que, no Ocidente, esse poder continua a repousar sobre uma estrutura econômica capitalista. Mas, também é preciso convir que a influência burguesa, embora sobreviva, já não é a de outros tempos, estando visivelmente atenuada. Ora, é exatamente nesta atenuação de influência que surge o Estado Social. No Estado Liberal, o Estado era da classe burguesa; no Estado Social, o Estado é de todas as classes, fomentando a conciliação entre elas, sendo apaziguador, mitigador de conflitos sociais, notadamente daqueles que nascem entre o capital e o trabalho. Em essência, na tentativa do Estado em superar a contradição entre igualdade política e desigualdade social, transforma-se ele em Estado Social.” KIST, Dário José. O Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 80, 2000, p. 98.

entre direito e moral⁴⁰, mas não sem uma base jurídica adequada⁴¹, que permita a concretização dos direitos fundamentais e que legitime a existência do próprio Estado⁴².

Na avaliação de Ingo Wolfgang Sarlet⁴³, a reaproximação do direito e da moral faz surgir a necessidade de se interpretar o ordenamento jurídico com as lentes da eficácia dos direitos fundamentais, sem os quais o Estado nem cumpre o seu papel de prestador de direitos nem se legitima como instituição pública. Essa concepção faz surgir, dentro do Direito, o fenômeno do “neoconstitucionalismo”, cuja essência é elevar a Constituição ao status de norma jurídica e, conseqüentemente, fazer com que os preceitos sejam observados em todas as relações jurídicas, principalmente aquelas que envolvem atividade estatal⁴⁴.

Para Humberto Ávila⁴⁵, o Estado Social objetiva pautar a atuação estatal em determinados princípios, que se devem sobrepor às regras

⁴⁰ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 248.

⁴¹ “O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explicita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, a sua validade de uma norma suprema pressuposta.” MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 9.

⁴² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 69-70.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 62.

⁴⁴ SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 231.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 2-3. Disponível em:

legais. Agora, com a aplicação dos princípios abordada por um novo método, consequentemente, muda a concepção do que é justiça. O que se busca, portanto, é dar musculatura ao Estado Constitucional de Direito, ou seja, o objetivo é analisar o direito constitucional por uma perspectiva concreta, de efetivação prática das normas constitucionais⁴⁶.

Com essa nova visão do direito constitucional, o Estado deixa de ser um ente que encontra sua legitimidade na atuação pautada apenas na lei⁴⁷.

Na linha de raciocínio de Luís Roberto Barrosa⁴⁸, o Estado Constitucional de direito se legitima no momento em que sua atuação vai ao encontro de determinados critérios éticos e de equidade, ou seja, quando atua em conformidade com “princípios”.

Esse novo modelo de Estado cria um fenômeno chamado de constitucionalização do ordenamento jurídico⁴⁹ ou constitucionalização

<<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴⁶ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 250.

⁴⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 32, 2005, p. 8.

⁴⁸ “O reconhecimento da normatividade dos princípios e a sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se extraia, no seu retrato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴⁹ “Em função disso, uma leitura valorativa da ordem jurídica se fará presente, sendo que a constituição será vista como a tábua de valores mais importantes de uma comunidade, os quais devem ser guardados por um guardião, uma corte

do direito, no qual os princípios são os parâmetros de interpretação e de aplicação das normas jurídicas⁵⁰.

O modelo *neoconstitucionalista* de Estado de Direito teve como consequência, para o sucesso da efetivação dos princípios previstos no texto constitucional⁵¹, especialmente, aqueles axiomas considerados essenciais para uma vida humana digna e que, por esta razão, foram positivados e elevados ao grau de direitos fundamentais⁵².

Luís Roberto Barroso⁵³ assevera que o fenômeno do “neoconstitucionalismo”, para atingir o seu objetivo – que seja a concretização de direitos –, a ciência do Direito necessita sofrer três grandes transformações: “1) supremacia da força normativa constitucional; 2) expansão da jurisdição constitucional; 3) desenvolvimento de um novo modelo de interpretação constitucional”.

constitucional, que terá por finalidade preservar a sua existência e obediência. Tem-se, pois, uma leitura axiológica do Direito.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 72-73.

⁵⁰ “O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento da normatividade dos princípios. Esta é uma das marcas do *Neoconstitucionalismo* e da *Nova Hermenêutica* [Grifo do autor].” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 254.

⁵¹ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 256.

⁵² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 73.

⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, os princípios constitucionais se irradiam por todo o ordenamento jurídico⁵⁴. Em rigor, a “supremacia normativa da Constituição” faz com que as normas constitucionais possuam um caráter vinculativo e obrigatório⁵⁵, principalmente os princípios⁵⁶.

Uma consequência da reaproximação entre direito e moral⁵⁷ pode ter sido a origem do fenômeno da constitucionalização do direito, uma

⁵⁴ “A normatividade dos princípios e a sua abertura diante da Moral reclamam uma Nova Hermenêutica que ultrapasse os postulados lógicos da desgastada subsunção positivista para a aplicação do Direito.” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 256.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁵⁶ Na medida em que o direito constitucional começa a nortear a interpretação e a aplicação do direito, faz-se necessário colocar à disposição de todo o aparato jurisdicional mecanismos que permitam a análise e a aplicação das normas constitucionais em todo o ordenamento. Dentro dessa ótica, pode-se destacar como instrumentos adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro para a irradiação dos princípios constitucionais aos demais diplomas legais: 1) as **súmulas vinculantes**; 2) a **repercussão geral**; e 3) o que aqui se concebe como, provavelmente, o grande instrumento de fortalecimento do fenômeno da constitucionalização do direito, o **sistema misto de controle de constitucionalidade**.

⁵⁷ “Nesse passo, a doutrina positivista passou a ser repensada, ensejando a reintrodução da moral no direito por meio da Constituição, com a consideração da ética e da política na ciência jurídica, o que trouxe relevantes consequências na teoria do direito, criando um novo paradigma para o estudo do neoconstitucionalismo. É o que se denomina de positivismo inclusivo. Em outros termos, as teorias pós-positivistas, ao relativizarem a separação entre o direito e a moral, começaram a admitir critérios materiais de validade das normas. Ademais, com a ocorrência da redefinição da moral desenvolvida pelo construtivismo ético, rompe-se o antigo paradigma meteórico de oposição entre o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o realismo, sendo que os elementos destas teorias passam a se integrar, inaugurando, então, um paradigma conciliatório.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 304-305.

vez que o “neoconstitucionalismo” cria a necessidade de se repensar o modo de aplicação e de interpretação das normas constitucionais⁵⁸.

Com efeito, o grande objetivo do movimento “neoconstitucionalista” é garantir que determinados preceitos éticos e morais⁵⁹ sejam levados em consideração no modo de atuação do Estado, em qualquer de suas funções. Não basta o Estado cumprir o disposto em uma determinada norma jurídica dotada de força de lei se dita norma não possui correlação com o sistema principiológico disposto e estruturador do respectivo ordenamento jurídico⁶⁰.

⁵⁸ “O Neoconstitucionalismo seria caracterizado por reunir um forte conteúdo normativo e um sistema de garantia jurisdicional. ‘Trata-se de uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes’.” ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 255.

⁵⁹ “Indispensável, outrossim, desligar-se de concepções unilaterais, que só enxergam a norma ou o fato, sem incluir o valor, como requer uma visão necessariamente totalizante do fenômeno jurídico. A esse respeito, tenho ressaltado que o plano dos fatos trabalha com efeitos físicos, próprios do mundo natural, como acontece com a evaporação da água, efeito de seu aquecimento a 100°C. Já o mundo jurídico lida com valores, e o efeito (jurídico) da norma não é nem o simples valor nem o simples fato, mas o valor atribuído ao fato, conforme o enquadramento realizado pela norma. Nisso reside o *specificum* do fenômeno jurídico, constituído sempre de fato valorado pela regra jurídica. Sob esse ângulo visual, não se pode deixar de reconhecer que os valores humanos não pertencem apenas ao mundo ideal, mas têm um fundamento real, que é uma realidade da experiência histórica e social, não uma realidade metafísica. Só assim será possível estudar a positividade do direito como realidade empírica dos valores de ação expressos pelas proposições normativas (realidade empírico-formal) e predispostas em função dos interesses eminentes da sociedade (realidade empírico-substancial).” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 32, 2005, p. 8.

⁶⁰ “O critério da aplicação adequada de uma norma, sob inteira consideração de todos os sinais característicos da situação, não ‘contempla’ o princípio moral, mas relaciona o seu sentido à ideia de imparcialidade, com o respectivo contexto de aplicação. Por sua vez, enquanto a aplicação de normas permanece sob a vigilância da ideia da imparcialidade, uma violação das características específicas da situação fica excluída. Esse perigo é muito maior quando se deixa a aplicação de normas moralmente fundamentadas sob a responsabilidade da aplicação prudente. A prudência da aplicação se evidenciou justamente em que, em virtude da aspiração de realizar uma norma moralmente fundamentada,

2.1.2.1 O “neoconstitucionalismo” e a necessidade de um novo modelo de interpretação das normas jurídicas: da técnica⁶¹ da ponderação à técnica da adequação

No modelo positivista, vale lembrar, o afastamento do direito em relação à moral e à lei era o seu sustentáculo⁶². No entanto, o Estado legalista, ao entender que o direito era tão somente aquilo que estava consubstanciado na lei, não garantiu concretamente os direitos fundamentais, o que, consequentemente, gerou a ruína de tal pensamento⁶³.

Para Eduardo Ribeiro Moreira⁶⁴, a reaproximação do direito com a moral adotada pelo modelo “neoconstitucionalista” objetiva garantir a realização da lei no plano concreto, ou seja, o propósito é que as leis tenham uma aplicação útil.

Pode-se afirmar, junto com Trícia Navarro Xavier Cabral⁶⁵, que o Estado, na tentativa de realizar uma verdadeira justiça material, começou a se preocupar em efetivar direitos e o resultado foi a

tratava-se estrategicamente daquelas características circunstanciais que não poderiam ser harmonizadas com o conteúdo semântico de uma norma. Em contraposição a isso, a ideia da aplicação imparcial de normas obriga a preocupação com as circunstâncias especiais de uma situação e avaliá-las de pontos de vista normativos concorrentes.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2. ed. São Paulo: Forense, 2011, p. 61-62.

⁶¹ Utilizar-se-á a terminologia técnica em vez de teoria, pois se entende que ambas as teorias objetivam instrumentalizar o direito constitucional por todo o ordenamento jurídico. Na verdade, aqui, ambas são concebidas como técnicas distintas de interpretação de normas constitucionais em conflito.

⁶² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 302.

⁶³ KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 276.

⁶⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 254.

⁶⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 302.

observância dos princípios de maneira mais adequada à situação concreta. A consequência natural foi a proeminência do Poder Judiciário em detrimento do Poder Legislativo⁶⁶, que possuía mais força durante o período em que o pensamento positivista dominou.

Com a aludida reaproximação, a moral ganha status de normatividade na medida em que os princípios refletem os compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado no afã de proporcionar a todos condições mais dignas de vida⁶⁷, especialmente por meio daqueles preceitos que adquiriram a qualidade de direitos fundamentais, por possuírem função axiológica legitimadora de um Estado⁶⁸.

O Estado, ao assumir o modelo “neoconstitucionalista”, preocupa-se com a satisfação imediata e concreta dos direitos fundamentais e para esta tarefa os preceitos constitucionais deixam de ser interpretados como posições meramente programáticas, tornando-se fontes normativas de direito⁶⁹. No entanto, com a ocorrência do fenômeno da constitucionalização do direito, em determinados casos

⁶⁶ “Em razão das consequências teóricas do pós-positivismo, foi superada a ideia de Estado Legislativo de Direito, adotando-se o Estado Constitucional de Direito, ocupando o texto constitucional o centro do sistema normativo, dotado de intensa carga valorativa. Assim, opera-se a inversão da relação regra regulamentadora - regra de direito fundamental que se observou na fase dos direitos fundamentais de segunda geração: não são as regras de direitos fundamentais que dependem de regulamentação para produzirem efeitos; pelo contrário, a legislação infraconstitucional encontra nos princípios e regras constitucionais seu fundamento de validade e eficácia, em virtude da força normativa da Constituição.” DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, TRT 3ª Região, n. 81, 2010, p. 197.

⁶⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 302.

⁶⁸ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 256.

⁶⁹ SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 234.

concretos, é natural as normas jurídicas elevadas ao grau de direitos fundamentais se chocarem⁷⁰.

Para evitar as colisões de princípios constitucionais, é necessário aperfeiçoar o elemento orgânico do Estado-juiz a fim de dotá-lo de técnicas de interpretação normativo-constitucionais mais adequadas⁷¹.

No “neoconstitucionalismo”, a figura do magistrado assume um papel mais relevante, pois o juiz deixa de ser um mero operador técnico do direito e passa a ter o dever de analisar concretamente o caso colocado à apreciação do Poder Judiciário⁷². Somente, portanto, com a interpretação do ordenamento, do modo mais adequado⁷³ ao caso

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁷¹ “Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado a revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as soluções possíveis.” BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁷² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 11. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁷³ “Assim, o poder que antes estava concentrado no legislador democrático, cabe agora ao Poder Judiciário, que passa a ser responsável por interpretar, aplicar e compatibilizar os preceitos constitucionais com os atos legislativos, criando-se uma nova dimensão pragmática. Decorrencia desse aumento do

específico, poderá o juiz chegar ao melhor resultado jurídico-constitucional para resolver o conflito⁷⁴.

Humberto Ávila⁷⁵, a propósito, destaca a supremacia das normas de conteúdo principiológico em relação àquelas caracterizadas como regras. Isto é importante porque a imantação do direito constitucional pelo ordenamento jurídico⁷⁶ provocará no juiz o dever de interpretar o caso concreto em conformidade com os princípios constitucionais⁷⁷ e

poder nas mãos do órgão jurisdicional é a necessidade do juiz de lançar mão de uma fundamentação adequada e racional. Outrossim, terá que aprofundar os seus conhecimentos extradogmáticos, como em filosofia do direito - hermenêutica e argumentação jurídica - e em políticas públicas e economia.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 304.

⁷⁴ “O operador do processo nada mais é do que um intérprete, denotando-se, a partir dessa premissa, a necessidade de se estabelecer critérios hermenêuticos prévios, arraigados no pensar filosófico do discurso e da linguagem, por meio da percepção da realidade, já que por meio dela o ser se pessoaliza e se identifica. Assim, a verdade e a linguagem imiscuem-se ao fenômeno jurídico, proporcionando meios eficientes de desmembrar objetiva e corretamente a lide.” MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. Hermenêutica e processo civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 124, 2011, p. 131.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁷⁶ “O nosso ordenamento jurídico foi diretamente afetado por esse novo conceito de Estado, aderindo à ideia intervencionista. Não obstante, posteriormente houve a necessidade de se buscar para a ciência jurídica uma nova perspectiva, agora constitucional, decorrente do fato da Constituição Cidadã ter trazido o capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais do fim para o início do texto. Essa alteração da ordem topológica teve forte influência dos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fazendo com que a doutrina passasse a se preocupar não só com o reconhecimento de direitos, mas também com a sua efetivação e efetividade.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 313.

⁷⁷ “No constitucionalismo moderno, mais especificamente, a partir do Século XX, como já restou mencionado neste trabalho, as Cartas Magnas dos Estados passaram a ter como referência os direitos fundamentais e os princípios de

este exercício jurisdicional requer técnicas diferenciadas de interpretação legislativa⁷⁸.

2.1.2.1.1 A técnica da ponderação de Robert Alexy

O fenômeno da constitucionalização do direito, ocorrido principalmente em razão da nova forma de se pensar a ciência do direito – a partir do nominado “neoconstitucionalismo” – teve como consequência a necessidade de se interpretar⁷⁹ as normas jurídicas a partir dos preceitos constitucionais⁸⁰, especialmente no momento do exercício da função jurisdicional⁸¹. Uma das principais técnicas usadas pelos juristas brasileiros para garantir a maior efetividade dos direitos

justiça material, e criou-se uma interpretação por meio da qual se concluiu pela inafastável exigência de que todas as normas do ordenamento jurídico sejam construídas em conformidade com todo o conteúdo delineado na Constituição, bem como nos princípios superiores ao sistema posto, muitas vezes não expressos, mas que podem ser depreendidos da análise detalhada do texto supremo do país, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público, da solidariedade, *verbi gratia*, no regime de nossa Constituição.” KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 274.

⁷⁸ SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 235-236.

⁷⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 255-256.

⁸⁰ “No entanto, diante do neoconstitucionalismo, onde se verifica uma disseminação da proteção de direitos fundamentais e de forma estrita ligados à dignidade da pessoa humana, a doutrina e a jurisprudência acabaram por sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional.” KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 277.

⁸¹ DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, TRT 3ª Região, n 81, 2010, p. 197.

fundamentais é a “Teoria da Ponderação”⁸² desenvolvida por Robert Alexy.

A toda evidência, ocorre a colisão de princípios quando uma norma que garante determinada posição jurídica é contrariada por outra norma de idêntica qualidade constitucional principiológica, de modo que não basta resolver com a declaração de invalidade de um dos princípios, mas sim criar uma norma de exceção⁸³. Nessas situações, é necessário analisar qual princípio possui peso mais relevante para a legitimação da atuação estatal no caso concreto⁸⁴, pois a discussão não circunda o plano da validade de tal norma principiológica constitucional, mas sim suscita

⁸² “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro, sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-94.

⁸³ ALEXY, Robert; **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 96.

⁸⁴ “Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que ‘manifestação de pensamento’ implica esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao indivíduo para outra empírica ou externa; a segunda, o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas. Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 130/DF**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, DF. Julgado em 30.04.2009. p. 38 do voto do relator.

a identificação de qual conteúdo principiológico deve ser restringido naquela determinada situação⁸⁵.

A técnica da ponderação prescinde da observância do que fora denominado “lei de colisão”, assim definida por Robert Alexy⁸⁶:

Essa lei, que será chamada de ‘*lei de colisão*’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores [Grifo do autor].

O propósito da “lei de colisão” é estabelecer critérios para que no processo de fundamentação de uma decisão, a escolha, pelo intérprete, de um princípio em detrimento do outro seja realizada de modo objetivo e com compatibilidade com o princípio da separação dos poderes⁸⁷.

A técnica da ponderação tem por objetivo, portanto, garantir concretamente a efetivação dos direitos fundamentais⁸⁸, de maneira que

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 101.

⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 99.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁸⁸ “O constitucionalismo tradicional caracterizou-se por ser eminentemente normativo. O constitucionalismo contemporâneo estabelece a recepção, no ordenamento jurídico, da moral, especialmente sob a forma de direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do Direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separa hermeticamente o Direito da Moral, torna-se, cada vez mais, insuficiente para dar solução à gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.” ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Anais...** XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA, jun. 2008, Salvador-BA, p. 3.807-3.808. Disponível em:

o magistrado, ao julgar determinado caso concreto, considere os conteúdos valorativos morais positivados como direitos fundamentais⁸⁹. Desta maneira, o sistema jurídico garantiria a sua validade, pois os direitos fundamentais devem ser concretizados de modo que a sua observância também ocorra no exercício da função jurisdicional⁹⁰.

Para o exercício da técnica da ponderação, é necessário que o intérprete justifique, a partir da lei e das circunstâncias do caso⁹¹, as razões pelas quais está assumindo aquele determinado princípio como o mais relevante para a solução do litígio⁹².

Diante disso, segundo Humberto Ávila⁹³, as regras devem ser analisadas como limites⁹⁴ ao exercício e à efetividade dos princípios⁹⁵,

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁸⁹ “A ponderação só será real se aplicada à teoria, ou técnica, da argumentação. É fato que existem diversas teorias que cuidam dos parâmetros que a argumentação deve observar, a fim de que o resultado seja ótimo, na interpretação a ser efetivada. Entretanto, não será possível maior aprofundamento deste assunto, uma vez que seria exigível uma discussão específica e prolongada diante da extensão do tema. Entretanto, podemos elencar critérios mínimos para que se considere como respeitada a técnica argumentativa. Vejamos. A argumentação jurídica, além de ser expressa e clara: a) deve apresentar os fundamentos normativos, não sendo suficientes o senso de justiça e o aceitável, ou seja, deve preservar o seu caráter jurídico e não apenas moral ou lógico; b) deve ser possível no resultado a universalização dos critérios utilizados para a decisão, inclusive porque se deve resguardar o princípio da isonomia; c) e, por fim, deverão ser observados os dois conjuntos de princípios, quais sejam os de natureza instrumental ou específicos da interpretação constitucional e os de natureza material, do próprio direito que se está buscando tutelar.” KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 282.

⁹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 88.

⁹¹ MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto; Hermenêutica e processo civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 124, 2011, p. 143.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 95.

⁹³ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-

quer dizer: a análise do caso concreto será realizada por posições jurídicas abstratas⁹⁶, ou seja, por limites estabelecidos pelo legislador⁹⁷.

Para a resolução do conflito normativo por meio da técnica da ponderação, deve o intérprete usar a argumentação apoiado em critérios previamente estabelecidos pelo legislador, precisamente ancorado em regras⁹⁸. A consequência é a não aderência completa do ordenamento jurídico à realidade social⁹⁹ e isto implica dizer que em determinadas

BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 8. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁹⁴ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 9. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 140.

⁹⁶ ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, 2010, p. 261.

⁹⁷ “Nesse aspecto, a ponderação, intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação dos poderes, deve observar as seguintes diretrizes. Em primeiro lugar, o aplicador deve verificar a existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável ao caso. Se ela existir, afastada está a ponderação horizontal entre princípios constitucionais eventualmente colidentes, pois, relativamente à hipótese, houve uma ponderação pré-legislativa das razões contrapostas que culminou no regramento constitucional, não cabendo ao aplicador substituir o Poder Constituinte mediante mera descon sideração desse regramento. O dever de não descon siderar a regra constitucional imediatamente aplicável não impede, por óbvio, o aplicador de, dentro dos limites semânticos da regra, e obedecendo suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente sobrejacentes ou a sua finalidade. O que ele não pode é, para casos ordinários, descon siderar a função específica da regra, desprezando o que ela permite, proíbe ou obriga.” ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência” **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 10. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507>>.

Acesso em: 12 mar. 2014.

⁹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 141.

⁹⁹ “Assim sendo, embora se sustente a tese de que devamos ter critérios lógicos de ponderação, quando da verificação sobre a validade ou não de uma regra frente a princípios constitucionais, o melhor é que se devam privilegiar as opções feitas pela sociedade, ainda que não se entenda ter alcançado o ponto

situações a técnica da ponderação poderá trazer soluções não tão adequadas¹⁰⁰ para a resolução dos conflitos sociais, ou seja, pode não corresponder ao resultado pretendido¹⁰¹.

máximo na escolha realizada, desde que a norma não tenha violado qualquer um dos núcleos fundamentais dos princípios estabelecidos na Constituição.” KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 286.

¹⁰⁰ “A decisão a respeito da adequação situacional de uma aplicação não pode ser baseada nem na identidade da regra nem na situação, muito menos em ambas, mas, sim, apenas em uma prática interativa. A concordância dos participantes deverá reportar-se não somente à identidade da regra em cada um dos casos isolados, porém, também à adequação da sua aplicação em um caso isolado. Ao comprimir, de antemão, os aspectos da identidade de significado situacionalmente invariada, da validade intersubjetiva e da aplicação situacionalmente adequada, para dentro do conceito de ‘prática’ ou de ‘habituação’, Wittgenstein chama a atenção para a seguinte restrição: a tematização de um respectivo aspecto não pode deslocar o outro. No confronto entre Wittgenstein e Habermas, ficou claro que a concentração no aspecto da validade intersubjetiva de uma regra idêntica precisa ser complementada com o aspecto da aplicação situacional adequada intersubjetivamente, a fim de preencher o sentido pleno do conceito de Wittgenstein a respeito do modo de vida.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**, p. 92.

¹⁰¹ “Nesse aspecto, diga-se em primeiro lugar, que a constitucionalização do direito ao processo e a jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também uma garantia ‘de resultado’, ressaltando o nexo teleológico fundamental entre ‘o agir em juízo’ e a ‘tutela’ do direito afirmado. Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal — nem à demanda ou à exceção em si, ‘instrumentos’ tecnicamente neutros — mas, sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do ‘resultado’ de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põem-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista da**

2.1.2.1.2 A técnica da adequação de Klaus Günther

A prefalada reaproximação do direito e da moral, com a superação do pensamento positivista, objetiva garantir, nos planos material e formal, os direitos considerados fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Em suma, o “neoconstitucionalismo”¹⁰² é um paradigma para a construção do Estado a partir de um ordenamento jurídico¹⁰³ e permite que, na prática, as posições jurídicas destacadas como fundamentais à dignidade da pessoa humana sejam efetivadas justo para garantir a legitimidade da instituição do Estado¹⁰⁴.

O fenômeno da constitucionalização do direito necessita, portanto, de técnicas interpretativas mais condizentes com o objetivo das Constituições jurídicas. Não basta a garantia formal de direitos, é necessário que o Estado assegure o resultado prático das posições jurídicas editadas pelo Poder Legislativo¹⁰⁵.

AJURIS. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 32, 2005, p. 31.

¹⁰² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, 2008, p. 253.

¹⁰³ SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 234.

¹⁰⁴ “As Constituições, rematerializadas, não possuem mais apenas o objetivo de repartir os poderes do Estado e distribuir a competência própria dos órgãos deste, mas, principalmente, de estabelecer direitos fundamentais e, por meio destes, uma ordem de valores e de justiça que exigirá postura ativa dos órgãos estatais e de toda a sociedade no sentido da sua realização, especialmente quando se tratarem de direitos prestacionais de cunho social.” ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Anais... XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA**, jun. 2008, Salvador-BA, p. 3.817. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁰⁵ “A lei não é lei em si mesma, pois não se atribui sentido a ela, a partir de um determinado caso dado. O historiador jurídico, ao contrário, não tem nenhum caso para partir, mas procura determinar o sentido da lei na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto destas aplicações torna-se concreto o sentido de

Nesse contexto, o papel do magistrado assume grande relevância, na medida em que deixa de ser um mero intérprete tutelado pela lei para, ao contrário, tutelar, no plano material, os direitos reservados em lei¹⁰⁶.

A técnica da ponderação, como se percebe, não atinge completamente o objetivo do Estado como realizador de direitos, pois limita a atuação jurisdicional a parâmetros estabelecidos abstratamente, os quais, em determinadas situações, podem não atingir o resultado juridicamente pretendido.

Essa assertiva permite a proposição do uso da técnica da adequação de Klaus Günther¹⁰⁷, a qual tem por objetivo estabelecer a norma jurídica mais adequada para o caso concreto.

A técnica da ponderação opera no plano da prevalência de valores, ou seja, a ideia de que aquela determinada norma jurídica prevista em abstrato possui valores mais importantes a serem resguardados do que a norma com a qual colide¹⁰⁸.

A técnica da adequação opera no plano da justificação da norma mais adequada, isto é, para a resolução do conflito, o intérprete deve levar em consideração todas as circunstâncias que envolvem o caso, sejam elas fáticas ou jurídicas¹⁰⁹. Desse modo, somente as

uma lei e não há sentido em aplicar-se o fim originário da lei, mas sim far-se-á justiça hermenêutica histórica pela aplicação da lei compreendida com as mudanças históricas pelas quais ela passou. É a compreensão histórico-jurídica da lei, em contraponto à tarefa histórico-dogmática.” MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. *Hermenêutica e processo civil. Revista da AJURIS*. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 124, 2011, p. 143.

¹⁰⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. Revista da AJURIS*. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 320.

¹⁰⁷ “Sua teoria, portanto, parte do problema de como decidir casos concretos. Encontrar as normas aplicáveis ao caso, princípios ou regras, não é o bastante, pois se faz necessário um discurso argumentativo que estabeleça a adequação da norma a ser aplicada.” KUSKOSKI, Matheus Soares. *O discurso de fundamentação e aplicação em Klaus Günther: consequências para a distinção entre casos fáceis e difíceis em Dworkin. Seara Filosófica*. Pelotas, Universidade Federal de Pelotas, n. 4, 2011, p. 66.

¹⁰⁸ ALEXY, Robert; *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 150.

¹⁰⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*, p. 260.

argumentações da ética da situação¹¹⁰ permitem determinar a aplicação de uma norma em detrimento de outra¹¹¹.

Klaus Günther¹¹² sugere que o intérprete, ao lançar mão da técnica da adequação, deve considerar as regras como “procedimento de aplicação”. Na sua lição:

Nem todos os sinais característicos são relevantes, mas apenas aqueles que fazem parte da extensão semântica do ‘componente se’ que desencadeie uma determinada consequência jurídica e, desse modo, uma decisão a respeito da atribuição dos valores ‘lícito/ilícito’. Esta descrição coincide com a nossa proposta de compreender ‘regras’ como um determinado procedimento de aplicação, para o qual é essencial que se excluam sinais característicos ‘irrelevantes’ e não concernentes à extensão semântica da realidade dos fatos de uma situação.

O “procedimento de aplicação” de determinada regra, para ser aceito como válido por todos, deve prevalecer no seu conteúdo normativo claramente a situação concreta. Os casos mais difíceis devem

¹¹⁰ “Uma vez que validade e adequação já não estão entrecruzadas em um contexto social, mas divergem nas dimensões da fundamentação e aplicação, cada diferença em determinada situação poderá se tornar relevante. Por isso, certas estruturas de relevância que possibilitem, de modo rápido e adequado, determinadas constelações situacionais recorrentes, precisam cristalizar-se, sem que seja necessário primeiro relacionar entre si, e procedimentos que demandam muito tempo, todos os pontos de vista normativamente relevantes: o sistema político, o Direito positivo, a economia. Até aqui, não foi preciso distinguir entre normas jurídicas e morais, porque em si a meta consistia tão somente em construir uma teoria da aplicação imparcial de normas válidas. Como o Direito também trata da aplicação de normas legitimamente constituídas, ela se enquadra igualmente no pleito da imparcialidade.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 238-239.

¹¹¹ “A adequação precisa, a partir desse momento, ser estabelecida de modo independente, segundo a ideia de aplicação imparcial, que considera todos os sinais característicos de uma situação.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 246.

¹¹² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 259-260.

passar pelo crivo judicial¹¹³, a fim de se obter a resposta considerada mais adequada¹¹⁴. Portanto, se a regra em questão gerar um posicionamento que impeça a sua aplicação¹¹⁵, significa que ela não é adequada para a limitação dos princípios em colisão¹¹⁶.

Nessa situação, a regra assume a qualidade de “norma *prima facie*”, assim entendida a norma cujo conteúdo sucumbe em face de outra que protege conteúdo normativo mais relevante¹¹⁷. Desta maneira o princípio o qual a regra tornou-se inaplicável no caso concreto assume status de “norma absoluta”, cujo conteúdo normativo é tão relevante que não pode ser restringido¹¹⁸.

Desse contexto, infere-se que a técnica da adequação demonstra maior aderência à realidade social, pois possibilita que o magistrado interprete as normas jurídicas¹¹⁹ de acordo com a realidade do momento

¹¹³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 263.

¹¹⁴ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 262.

¹¹⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 123.

¹¹⁶ “Se a aplicação de duas normas levar a juízos coercitivos mutuamente contraditórios, o fato terá consequências que serão distintas, respectivamente, para as regras e princípios: ou apenas uma das duas regras será válida ou uma das duas regras deverá ser marcada com uma cláusula de exceção. Isso resultará da sua estrutura na qualidade de ordem definitiva. Em contraposição a isso, princípios incluem a possibilidade de colisões, de acordo com a sua estrutura aberta. Por isso, ambos os princípios permanecem válidos, mesmo se um dos dois tiver de ceder às circunstâncias concretas determinadas pelas respectivas possibilidades efetivas e jurídicas.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 203.

¹¹⁷ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 198.

¹¹⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 200.

¹¹⁹ “Um dispositivo legal não pretende ser entendido historicamente, pois a interpretação deve concretizá-lo em sua validade jurídica; o texto não é compreendido como mero documento histórico, mas há de ser compreendido como forma a poder produzir plenamente seus efeitos. Compreender é também aplicar e, a cada instante, o texto é compreendido, sempre de maneira nova e distinta, de acordo com as circunstâncias passadas, acrescentado das experiências do intérprete.” MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. **Hermenêutica e processo civil. Revista da AJURIS.** Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 124, 2011, p. 143.

histórico¹²⁰ que surgiu o conflito. Tal circunstância permite que o modelo “neoconstitucionalista” atenda o objetivo a que se propõe, ou seja, garantir materialmente os direitos fundamentais¹²¹, o que, consequentemente, legitima a atuação do Estado¹²².

2.2 O “NEOCONSTITUCIONALISMO” COMO INFLUÊNCIA PARA A ALTERAÇÃO PARADIGMÁTICA DO PROCESSO EM RAZÃO DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Inicialmente, sob a influência do positivismo jurídico, a teoria do processo foi compreendida como sistema colocado à disposição do jurisdicionado para controle de eventuais excessos praticados pelo Estado¹²³. No entanto, na perspectiva do modelo “neoconstitucional”, o processo assume papel muito mais relevante na concretização de direitos¹²⁴: o processo é “mais do que mero instrumento técnico, o

¹²⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 265.

¹²¹ “No entanto, a simples existência de normas válidas não garante a sua aplicação adequada a casos concretos. Para que isso se concretize, é necessário que se lance mão do discurso de aplicação, por meio do qual se verifiquem todas as normas válidas *prima facie* que sejam aplicáveis ao caso concreto, analisando-as em face de todas as circunstâncias relevantes daquele caso, para que o aplicador, valendo-se do senso de adequabilidade, aplique aquela que seja adequada à situação em questão.” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, 2009, p. 76.

¹²² “Sem a proteção adequada aos direitos conferidos, o direito estatal perde sua legitimidade – na medida em que não consegue ser imposto –, ruindo, com isso, todo o sistema jurídico posto e abrindo espaço para que novas ordens jurídicas (paraestatais) surjam e se desenvolvam.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29-30.

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 33, 2006, p. 57.

¹²⁴ “O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais. Nem se diga que o processo apenas prepara a decisão, e por isso nada tem a ver com a sua legitimidade. Essa forma de pensar faria com que a legitimidade da decisão fosse absorvida pela

processo é instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais”¹²⁵.

A partir deste momento, apresenta-se uma breve análise da transformação do conceito de processo em razão das transformações verificadas nos conceitos de Estado e de direitos fundamentais, especialmente com o fenômeno do “neoconstitucionalismo”.

2.2.1 A concepção clássica de processo

A doutrina clássica de Giuseppe Chiovenda¹²⁶ registra que a grande finalidade do processo é garantir um resultado seguro, ou seja, afiançar uma resposta jurisdicional segura o suficiente, de modo a legitimar a atividade estatal de resolução dos conflitos sociais.

Das lições de Enrico Túlio Liebman¹²⁷, extrai-se que o objetivo da função jurisdicional é garantir a atuação da vontade da lei, de modo que cumpre ao Poder Judiciário transformar em norma concreta jurídica (sentença judicial) uma determinada conduta social em litígio baseado em norma abstrata jurídica (lei), pouco preocupada com o plano da efetividade de tal regulamentação jurídica concreta.

legitimação da jurisdição pelo procedimento, na linha de Luhmann. Ao se admitir essa última ideia, não importaria a legitimidade da decisão, mas apenas a legitimidade do procedimento, uma vez que apenas essa seria suficiente para legitimar a decisão. Porém, não basta um procedimento legítimo. No Estado constitucional, a jurisdição realiza os seus fins apenas quando a lei é aplicada na dimensão dos direitos fundamentais.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. Teoria Geral do Processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1, p. 462.

¹²⁵ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do *due process of law*. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 64, 2008, p. 79.

¹²⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzida por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 37.

¹²⁷ “En otros términos, el juez que, como ciudad no particular, está obligado a observar la ley al igual que todos los sujetos, tiene además el cometido específico de hacerla observar a los otros, ya sea formulando, ya sea llevando a la práctica la regla jurídica concreta destinada a valer em los casos singulares.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1980, p. 4.

Na doutrina clássica, o processo fundamentava sua legitimidade com a observância das formas processuais¹²⁸. A conceituação clássica de processo, portanto, tinha o grande propósito de fazer com que este instrumento percorresse um caminho seguro até culminar em uma declaração judicial que resolvesse juridicamente a lide; em resumo, a finalidade do processo, em sua perspectiva clássica, era a observância das normas processuais até desembocar na prestação da tutela jurisdicional¹²⁹.

¹²⁸ CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**: estudos sobre o processo civil. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1, p. 256.

¹²⁹ “Como não havia racionalidade para admitir procedimentos e técnicas processuais diferenciadas para direitos e posições sociais que não devem ser tratadas de uma mesma forma, se elaborou um procedimento que pretendia ser neutro e independente a realidade. Assim, não havia nenhum prazo para que a ação pudesse ser vinculada com técnicas processuais idôneas capazes de permitir a tutela efetiva das diferentes situações do direito material. Bastava que as partes e a jurisdição seguissem o rito de um determinado procedimento tipificado em lei. O procedimento, desse modo, era apenas uma garantia de liberdade dos litigantes contra a possibilidade de arbítrio do juiz, e pouco importava sua capacidade para permitir a efetiva tutela substancial do direito, até porque a prestação da tutela jurisdicional nesta época se limitava, via de regra, a expressar o respectivo valor em direito da lesão jurídica sofrida, de tal modo que a ação e o procedimento eram sempre adequados [Tradução nossa].” Original, em espanhol: “Como no existía racionalidad para admitir procedimientos y técnicas procesales diferenciadas para derechos y posiciones sociales que no deben ser tratados de una misma forma, se elaboró un procedimiento que pretendía ser neutro e indiferente a la realidad. Así, no había ninguna razón para que la acción pudiera ser vinculada con técnicas procesales idóneas capaces de permitir la efectiva tutela de las diferentes situaciones de derecho material. Bastaba que las partes y la jurisdicción caminasen sobre la huella del procedimiento tipificado por la ley. El procedimiento, así comprendido, era apenas una garantía de libertad de los litigantes contra la posibilidad de arbitrio del juez, y poco importaba su capacidad para permitir la efectiva tutela del derecho sustancial, incluso porque la protección jurisdiccional en esta época se limitaba, por regla general, a expresaren dinero el valor de la lesión, para lo que la acción y el procedimiento eran siempre adecuados”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**. Lima: Palestra, 2007, p. 2. Disponível em: <http://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Nessa perspectiva, o atual Código de Processo Civil, em sua redação original, com uma estruturação processual estática e incomunicável, era incapaz de prestar a tutela adequada dos direitos.¹³⁰

2.2.2 “Neoprocessualismo” ou formalismo-valorativo: a imantação dos direitos fundamentais no processo

O estudo e a compreensão do direito processual, pela ótica do “neoconstitucionalismo”, criaram um novo paradigma em termos de interpretação e de aplicação deste ramo do direito, daí surgindo o “neoprocessualismo”.

A propósito, “neoprocessualismo” é terminologia adotada por Eduardo Cambi¹³¹, que o define como processo que objetiva garantir o efetivo cumprimento do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, ou seja, a observância de fato do direito fundamental à tutela adequada.

O quadro de imantação do direito constitucional ao direito processual fez gerar uma nova fase metodológica¹³² do direito processual civil, nominada “neoprocessualismo”; sua grande orientação é no sentido de o direito processual ser tratado pela perspectiva de instrumentalidade e garantia de efetividade dos direitos fundamentais¹³³.

Na trilha do “neoprocessualismo”, importa destacar a ruptura do paradigma processual clássico, introduzido pela Lei n. 8.952/1994, ao criar uma cláusula de abertura dos meios executivos no direito processual civil brasileiro, nos termos da redação dada ao §5º do art. 461

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 29.

¹³¹ CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta**. Qualis B2. Jacarezinho-PR, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP, n. 16, 2012, p. 87.

¹³² “Trata-se, em síntese, da necessidade de se interpretar as regras processuais com os olhos da Constituição, vez que o processo existe para implementar os direitos fundamentais e, nesse mister, não pode, obviamente, deixar de atender às garantias indispensáveis a um processo justo.” FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do processo. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora-MG, UFJF, 2012.

¹³³ CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta**. Qualis B2. Jacarezinho-PR, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, n. 16, 2012, p. 87.

do Código de Processo Civil¹³⁴. O objetivo era, pois, assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional relativa, o que resultou em conceder maior liberdade ao juiz para escolher os meios mais adequados para garantir a prestação real do direito pleiteado¹³⁵.

Nos moldes do paradigma “neoprocessual”, o magistrado assume um papel mais relevante¹³⁶ na legitimação do Estado como única instância para a solução dos conflitos sociais¹³⁷.

Nesse contexto, cabe ao magistrado analisar todas as circunstâncias pertinentes ao caso concreto, levando em consideração os

¹³⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 61.

¹³⁵ “A vertente processual desse novo modelo de Direito Constitucional, o *neoprocessualismo*, também apresenta um novo paradigma conceitual da prestação da atividade jurisdicional, agora calcada fortemente na força normativa da Constituição, na hermenêutica constitucional e no novo papel a ser desempenhado pelo juiz na resolução do conflito. Esse novo papel, na realidade, decorre da própria mudança teórica proposta pelo *neoconstitucionalismo*, visto que um dado conflito poderá encerrar o confronto de dois ou mais princípios jurídicos, ambos de envergadura constitucional, cabendo ao juiz o desenvolvimento de uma hermenêutica que fundamente a preponderância de um sobre outro, naquele dado caso concreto [Grifo do autor]”. SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 237.

¹³⁶ SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 236.

¹³⁷ “Vemos, assim, que, nesse contexto, o fim do processo não mais se restringe a mera observância de uma liturgia de formas e atos procedimentais predeterminados, cujo escopo toca apenas ao atingimento de uma decisão jurisdicional que diga o direito aplicável ao caso concreto. Os conflitos levados ao Poder Judiciário passam a envolver, numa única relação jurídico-processual, inúmeros sujeitos e inúmeros interesses jurídicos, concentrando nas mãos do juiz a incumbência de não apenas pacificar o conflito social (e não exclusivamente das partes diretamente envolvidas no processo), como também de fazer aplicável e concreto um direito cujo objeto é indivisível e cuja titularidade é indeterminada.” SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. **Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, 2012, p. 238.

seguintes critérios, propostos por Elpídio Donizetti¹³⁸: a) interpretar os direitos fundamentais, conferindo-lhes o máximo de eficácia; b) afastar qualquer regra que se mostre contrária à efetivação de um direito fundamental; c) considerar eventuais limitações impostas ao exercício de um direito fundamental por outros direitos fundamentais. Somente a análise de tais circunstâncias, com vistas à interpretação e à escolha da norma mais adequada ao caso *sub examine* é que a aplicação de uma determinada regra é justificada em detrimento de outra. Desta feita, os seus respectivos conteúdos semânticos permanecem harmonizados dentro do ordenamento jurídico¹³⁹ e o processo assume papel de ser o principal instrumento ético colocado à disposição dos jurisdicionados para buscar a tutela de direitos fundamentais.

Com a mencionada alteração paradigmática, reformas foram necessárias de modo a deixar o Código de Processo Civil mais coerente com o ordenamento constitucional. No entanto, as alterações trazidas pelo legislador reformador não foram suficientes para garantir uma maior efetividade, valendo lembrar que atualmente tramita no Congresso Nacional o projeto do novo Código de Processo Civil¹⁴⁰ e seu escopo é, precipuamente, a efetivação de direitos de maneira mais célere e segura.

¹³⁸ DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte-MG, TRT 3ª Região, n. 81, 2010, p. 200.

¹³⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 61-62.

¹⁴⁰ Na avaliação de Alexandre Freitas Câmara, o novo Código de Processo Civil deve estabelecer determinadas bases teóricas, sem esquecer as conquistas teóricas de outras fases do processo civil. As bases teóricas a que se refere o autor são: (1) constitucionalização do processo civil, de modo a deixá-lo em consonância com o modelo constitucional brasileiro, sem olvidar que o contraditório não deve ser considerado como princípio elementar, uma vez que todos os princípios constitucionais processuais merecem igual tratamento; (2) maior relevância à efetividade do processo, de modo que o novo Código de Processo Civil possa dispor de instrumentos hábeis e adequados para a prestação dos direitos, valendo salientar que os instrumentos devem ser úteis para o processo assegurar à parte a espécie do direito que a fez buscar a tutela jurisdicional e que tal resultado seja obtido com o menor gasto de energia e de. (Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25-26).

2.2.2.1 “Neoprocessualismo” e direitos fundamentais processuais: uma breve análise dos princípios do processo justo e da tutela adequada como elementos legitimadores da função jurisdicional

O “neoprocessualismo” como método de interpretação do direito processual, na perspectiva dos direitos fundamentais¹⁴¹, garante a legitimidade do exercício da função jurisdicional pela observância de determinados princípios processuais considerados elementares para limitar o poder estatal e simultaneamente assegurar o direito material pretendido pelos litigantes¹⁴².

Os direitos fundamentais elementares à consagração do “neoprocessualismo”, a partir dos quais irradiam as demais garantias

¹⁴¹ “O estudo do processo foi influenciado por todo esse processo de valorização da Constituição, que passou a contemplar, em um primeiro momento, a tutela constitucional do processo, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição, que versam sobre a tutela jurisdicional (princípio da inafastabilidade - inciso XXXV do art. 5º da CF/88), o devido processo legal (inciso LIV do art. 5º da CF/88), a exigência de motivação dos atos judiciais (inciso IX do art. 93 da CF/88); e a chamada jurisdição constitucional das liberdades, que compreende o arsenal de meios previstos no texto constitucional para dar efetividade aos direitos individuais e coletivos, como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a ação civil pública, as ações de controle de constitucionalidade etc. Partindo desse contexto, fala-se hoje no surgimento do *neoprocessualismo*, cujos adeptos desenvolvem o estudo dos institutos processuais a partir das premissas do *neoconstitucionalismo* [Grifo do autor].” DONIZETTI, Elpídio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte-MG, TRT 3ª Região, n. 81, 2010, p. 198-199.

¹⁴² “Logo, a teoria do processo precisa examinar como as condições representativas dos fundamentos necessários para as práticas discursivas precisam estar estruturadas para que possam apresentar-se, efetivamente, como instância de justificação pública das decisões. Destaquei esse ponto em uma obra de cunho processual: ‘[...] o processo é uma garantia, que vai, além disso, adentrando o campo da legitimação política do Estado quando funcionaliza a jurisdição. Disso decorre a necessidade de colocar os estudos processuais para além da preocupação meramente positiva. Sobretudo, é indispensável adotar uma perspectiva de salvaguarda do instrumento em face do seu compromisso com os direitos fundamentais.’” DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 83, 2013, p. 112.

processuais são, segundo Eduardo Cambi¹⁴³, são: 1) o direito fundamental ao processo justo; e 2) o direito fundamental à tutela efetiva e adequada.

Essas garantias fundamentais apontadas como elementares para a atuação jurisdicional permitem a interação com as demais garantias processuais, cruciais para o exercício adequado da jurisdição, pelo Estado¹⁴⁴. É o que se abordará nas seções seguintes.

2.2.2.1.1 O princípio do processo justo

O princípio do processo justo está previsto no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, que assim dispõe, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁴⁵.

¹⁴³ CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. Argumenta. Qualis B2. Jacarezinho-PR, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP, n. 16, 2012, p. 87.

¹⁴⁴ “Importante salientar, inicialmente, que o processo moderno deve ser visto como técnica idônea para o objeto da garantia do direito substantivo, mas agora sob a ótica constitucional, que trouxe significativas mudanças internas, para passar a reconhecer o processo como direito fundamental, e também mudanças externas, conferindo ao instituto a responsabilidade de fazer valer os ideais constitucionais, possuindo na cláusula do devido processo legal a sua expressão mais completa. Assim, a influência valorativa que a Constituição exerce sobre o direito processual faz como que ele represente um poderoso instrumento de solução de conflitos, cuja consequência imediata é a pacificação social. Nesse passo, o desafio passou a consistir na aplicação de uma mudança ideológica por parte dos aplicadores do Direito, a fim de que a teoria e a prática se complementem quando solicitadas para a solução do caso concreto, proporcionando ao jurisdicionado a proteção do seu direito. Sob essas premissas, o processo teve a sua própria estrutura reformulada, fazendo com que ganhasse um papel principal - tal qual o direito substancial - quando da prestação da tutela jurisdicional. Nessa evolução, o direito processual também passou a ter uma relação muito íntima com o direito material, a fim de que esse sincretismo garantisse a prestação de uma tutela jurisdicional adequada.” CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 321-322.

¹⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Paolo Ferrua¹⁴⁶ analisa que o núcleo essencial desse preceito constitucional deve representar expressamente o direito fundamental ao processo justo, quer dizer: direitos de ampla defesa, contraditório, juiz natural, igualdade entre as partes, publicidade, acesso à justiça, motivação das decisões judiciais, entre outros direitos fundamentais elementares ao conceito de procedimento justo.

A cláusula do devido processo legal nem sempre teve o mesmo significado¹⁴⁷. Inicialmente, o devido processo legal era interpretado como um anteparo aos arbítrios do Estado ao limitar os atos do juiz e, ao mesmo tempo, gerava confusão entre conceitos de processo legal e de procedimento legal¹⁴⁸. Tal conceituação, consubstanciada estritamente

¹⁴⁶ “Giusto processo: può essere definito quello che sarebbe scelto da persone razionali in situazione di ideale imparzialità, perché ignare del ruolo che le atende: attore, convenuto, imputato, giudice, accusatore o vittima del reato. Non è difficile, allora, immaginare i fondamentali aspetti su cui convergerebbe il consenso, acnge perché è relativamente più semplice determinarei l’ ‘giusto’ in questioni procedurali che sostanziali (dove è difficile andare al di là del generico *suum cuique tribuere*): un giudice imparziale, prescittuito dalla legge, il principio dell’*audiatur et altera pars* da cui discendono il contraddittorio e l’eguaglianza delle parti, la pubblicità delle udienze, intuiti capaci di assicurare un’efficace difesa ai no abbienti, tempi ragionevoli e, pié in generale, una struttura idónea a favorire descisioni ‘giuste’, ossia corrette nell’interpretazione delle norme e nella valutazione delle prove (com obbligo di motivazione e diritto al riesame, quando a decidere siano giudici togati)”. FERRUA, Paolo. **II ‘giusto processo’**. 3. ed. Torino: Zanichelli Bologna, 2012, p. 89-90.

¹⁴⁷ “Nessa perspectiva, inicia-se a abordagem proposta pelo paradigma do Estado Liberal (Estado de Direito), quando o processo era compreendido como mero meio de resolução de conflito, por influência dos princípios dispositivos e da igualdade formal. O primeiro referia-se ao poder exclusivo das partes de requerer e delimitar o objeto da tutela jurisdicional, o que vinculava o juiz às iniciativas das partes. O segundo consistente na pressuposição de inexistência de desigualdades entre as partes. Havia, no contexto liberal, um protagonismo das partes, vez que o magistrado figurava como um espectador imparcial, sem qualquer interferência, incumbindo-lhe tão somente o respeito às normas processuais consideradas, à época, formalidades.” PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial**. Brasília-DF, UniCEUB, v. 8, 2011, p. 80.

¹⁴⁸ PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial**. Brasília-DF, UniCEUB, v. 8, 2011, p. 80.

no Estado Liberal, justificava a adoção do princípio da tipicidade¹⁴⁹ e de um sistema processual estático¹⁵⁰.

Com o surgimento do paradigma "neoconstitucionalista", que no âmbito do direito processual é denominado "neoprocessualismo"¹⁵¹, a cláusula do devido processo legal, aproximando preceitos éticos e morais, mudou o seu conteúdo com vistas a garantir efetividade, celeridade e adequação dos pronunciamentos jurisdicionais¹⁵². Esta mudança de conceito do devido processo legal ocorreu, principalmente, por forte influência do direito norte-americano¹⁵³, que estabelece uma

¹⁴⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 58.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 29.

¹⁵¹ "Partindo-se daí, não há que se pronunciar obediência cega ao discurso jurídico, mas é preciso adotar postura dialético-questionadora. Por essa ótica, o operador do processo tem importante responsabilidade social, na medida em que não pode limitar-se à reprodução impensada do discurso jurídico, mas deve contribuir na construção da cidadania. A partir da hermenêutica, requer-se que o Direito Processual adote papel transformador. Evitar isso somente desviando o olhar, preferindo não perceber a evolução já operada no campo filosófico e apegando-se à construção dogmática e à ideológica. A evolução da hermenêutica não mais permite que as ciências jurídicas mantenham-se atreladas a conceitos tidos por imutáveis, utilizados na manutenção das estruturas vigentes. A partir da viragem linguística, momento em que se percebe que o homem é um ser jogado no mundo linguístico, a dogmática jurídica perde o seu papel de sustentadora do modo de produção do Direito." MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. *Hermenêutica e processo civil*. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 124, 2011, p. 142.

¹⁵² CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta**. Qualis B2. Jacarézinho-PR, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP, n. 16, 2012, p. 88.

¹⁵³ "Seção 1, da XIV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1868: 'Todas as pessoas nascidas ou radicadas nos Estados Unidos da América e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos da América e do respectivo Estado em que reside. Nenhum Estado fará ou outorgará lei tendente a abolir as garantias e imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos da América; nenhum Estado privará qualquer pessoa, sujeita a jurisdição norte-americana, de sua vida, liberdade ou propriedade sem um julgamento realizado por seus pares, pelas leis e que garanta o devido processo legal [Tradução nossa]' No original: "All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of

dupla interpretação do conteúdo principiológico da norma: o devido processo substantivo¹⁵⁴ e o devido processo procedimental¹⁵⁵.

law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**. [Written in 1787, ratified in 1788, and in operation since 1789]. Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁵⁴ “Em *Shaughnessy v. Mezei* (1953), a Suprema Corte Americana trabalha o conceito do *substantive due process* da seguinte maneira: materialmente, o *due process of law* estabelece o que é ‘devido’ a um Estado forte, assim como a um indivíduo livre. Tolera todas as medidas razoáveis para garantir a segurança nacional, deixando ao largo por vezes uma margem potencialmente perigosa para discricionariedade do Executivo na apresentação de políticas públicas e meios de atuação [Tradução nossa]”. No original: “Substantively, due process of law renders what is due to a strong state as well as to a free individual. It tolerates all reasonable measures to insure the national safety, and it leaves a large at times a potentially dangerous latitude for executive judgment as to policies and means.” UNITED STATES OF AMERICA. Justia US Supreme Court. **Shaughnessy v. Mezei (1953)**, [inteiro teor de decisão da Suprema Corte]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/206/case.html>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁵⁵ “A Suprema Corte Americana, em *Shaughnessy v. Mezei* (1953), trabalha a conceituação do *procedural due process* no sentido de ser mais elementar e menos flexível que *substantive due process*, pois se submete muito menos, varia menos com as condições do caso concreto e se submete ainda menos à análise legislativa. É, portanto, uma lei técnica que deve ser especializada e responsável por delimitar a competência de atuação do Poder Judiciário, a qual não se deve curvar diante da dinâmica da política de Governo, tal qual pode acontecer com aquilo que se refere ao âmbito de proteção do *substantive due process* [Tradução nossa]”. Extraído do julgado da Suprema Corte norte-americana, em *Shaughnessy v. Mezei* (1953), cuja redação original é a seguinte: “Procedural due process is more elemental and less flexible than substantive due process. It yields less to the times, varies less with conditions, and defers much less to legislative judgment. Insofar as it is technical law, it must be a specialized responsibility within the competence of the judiciary on which they do not bend before political branches of the Government, as they should on matters of policy which compromise substantive law.” UNITED STATES OF AMERICA. Justitia US Supreme Court. **Shaughnessy v. Mezei (1953)**, [inteiro teor de decisão da Suprema Corte]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/206/case.html>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

O conteúdo do devido processo substantivo é usado como parâmetro para o exercício do controle da validade dos atos estatais, auxiliado pelas técnicas da razoabilidade e da proporcionalidade¹⁵⁶.

O conteúdo do devido processo procedimental, por seu turno, está conectado com o exercício da atividade jurisdicional e com as garantias elencadas no rol de direitos fundamentais de primeira dimensão¹⁵⁷. É, pois, com a fusão de ambas as perspectivas de interpretação do conteúdo do devido processo legal que se chega ao conteúdo do processo justo¹⁵⁸.

Contudo, é oportuno advertir que só será considerada “processo justo” a atividade jurisdicional que garanta efetivamente os direitos materiais¹⁵⁹ e que dê a devida atenção aos princípios processuais procedimentais, os quais, pela influência norte-americana¹⁶⁰ ou

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Cybele. Devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, 2000, p. 187.

¹⁵⁷ PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial**, Brasília, UniCEUB, v. 8, 2011, p. 83..

¹⁵⁸ “Em síntese, podemos afirmar que há uma relação estreita entre o devido processo legal e o conceito de justiça, o que se observa tanto na sua dimensão processual quanto na material. Na primeira, o conceito de justiça associa-se ao princípio do devido processo legal tendo em vista o objetivo final deste, que é a realização de um efetivo acesso à justiça, o que só ocorrerá, verdadeiramente, em sendo observados os demais princípios de natureza processual, relacionados ao caso *sub judice*, a exemplo do contraditório, ampla defesa, juiz natural, razoabilidade na duração dos processos, etc. Quanto à dimensão material do devido processo legal, o conceito de justiça deixa sua marca na exigência de que tanto as leis quanto os atos administrativos sejam razoáveis, isto é, elaborados de forma racional e submetidos, quando da sua aplicação, à aferição dessa razoabilidade em função de proteção efetiva dos direitos e garantias fundamentais.” LIMA, Iara Menezes; O devido processo legal e seus principais corolários: contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 96, 2007, p. 171-172.

¹⁵⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, 2011, p. 322.

¹⁶⁰ “A Suprema Corte Americana, em *Wilner v. Committee on Character* (1963), caso em que foi inadmitida a inscrição de um sujeito enquanto advogado dos quadros da BAR, com decisão imotivada, sem defesa e contraditório, delineou os seguintes postulados enquanto inerentes ao devido processo procedimental: 1) a inafastabilidade da prestação da tutela

italiana¹⁶¹, são compreendidos como “modelo mínimo de conformação do processo”¹⁶². Acrescenta-se que esse modelo mínimo deve conter, especialmente, as seguintes garantias: a) contraditório; b) ampla defesa; c) acesso à justiça; d) motivação das decisões judiciais; e) igualdade e paridade de armas; f) juiz natural¹⁶³.

O princípio do processo justo, portanto, ao preocupar-se com o resultado do direito substancial pretendido¹⁶⁴, comunica-se com o direito fundamental à tutela efetiva e adequada¹⁶⁵.

jurisdicional; 2) a garantia da ampla defesa e do contraditório; 3) direito à informação sobre o processo e a motivação das decisões judiciais.” UNITED STATES OF AMERICA. Justia US Supreme Court. **Wilner v. Committee on Character (1963)** [inteiro teor de decisão da Suprema Corte]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/96/case.html>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁶¹ “Punti nodali del modelo (modelo tuttavia non rígido mas, al contrario, duttile e dinamico, perenemente *in fieri*, frutto di costante lettura e rilettura in chiave evolutiva del dettato costituzionale) disegnato dal costituente sono: a) il diritto di accesso alla giustizia; b) il diritto di difesa; c) il contraddittorio e la c.d. parità delle armi tra le parti; d) l’indipendenza e la terzietà del giudice; e) l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali”. ANDOLINA, Italo Augusto. Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitaria. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n. 126, 2005, p. 96. Resumidamente, segundo o autor, devem ser observados os seguintes princípios processuais: 1) o acesso à justiça; 2) o direito de defesa; 3) o contraditório, incluindo-se o direito à paridade de armas; 4) a imparcialidade do órgão judicante; e 5) a obrigação da motivação de todas as decisões e provimentos jurisdicionais.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 2012, p. 616.

¹⁶³ PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial**. Brasília, UniCEUB, v. 8, 2011, p. 82.

¹⁶⁴ DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, TRT 3ª Região, n. 81, 2010, p. 200.

¹⁶⁵ DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, TRT 3ª Região, n. 81, 2010, p. 199.

2.2.2.1.2 O princípio da tutela efetiva e adequada

O direito fundamental à tutela efetiva e adequada vem expresso no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal¹⁶⁶. Este princípio é corolário da busca da efetivação dos direitos materiais por meio do processo, inclusive com a intenção de evitar que ilícitos sejam cometidos¹⁶⁷. Em outras palavras, o princípio da tutela efetiva e adequada objetiva prestar concretamente o direito pretendido em juízo¹⁶⁸ em consonância com uma base jurídica que possa determinar o processo como instrumento justo¹⁶⁹.

O que se infere do conteúdo normativo do princípio da tutela efetiva e adequada é a existência de duas grandes conquistas: a primeira concerne ao dever do Estado de resolver os conflitos sociais¹⁷⁰, ou seja,

¹⁶⁶ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

¹⁶⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 48.

¹⁶⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 48.

¹⁶⁹ “O direito à efetiva proteção judicial é reconhecidamente um direito fundamental no plano internacional, de modo que a maioria das ordens jurídicas nacionais o colocam como elemento indispensável para assegurar a democracia. Este direito se refere a uma concepção geral de vários outros elementos, incluídos o acesso à justiça, o direito a instrumentos adequados para prestação jurisdicional, bem como os princípios garantidores do direito fundamental ao processo justo [Tradução nossa].” RAVO, Linda Maria. **The role of principle of effective judicial protection in the EU and its impact on national jurisdictions**. p. 102. Disponível em: <<http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/8192/1/ravo.pdf>>.

Acesso em: 12 jun. 2013. No original: “The right to an effective judicial protection is a fundamental right recognized at international level as well as by the majority of national legal orders, and an essential element of democratic accountability. This right refers to a broad concept which generally encompasses various core elements, including access to justice, the right to an effective remedy and the principles of fair trial and due process of law.”

¹⁷⁰ “O direito à prestação positiva evidencia que a sua satisfação requer um ‘agir’, ou um ‘prestar’ do titular do dever jurídico correlato, traduzido, de uma

a característica de inafastabilidade do Poder Judiciário; a segunda, o dever do Estado não apenas de tutelar a violação de direitos¹⁷¹, mas também prevenir¹⁷² que direitos não sejam violados¹⁷³.

forma geral, na obrigação do juiz sentenciar, ou a praticar atos executivos quando a tutela jurisdicional seja prestada através do processo de execução. Por ‘tutela jurisdicional’ entendemos a atividade praticada pelo Estado-juiz, que consiste em receber e responder os pedidos formulados pelas partes em um dado processo, proferindo decisão a seu respeito. Assim, o exercício da jurisdição, feito através do processo, que, por sua vez, surge do exercício do direito à tutela jurisdicional, consiste em uma atividade. A expressão ‘tutela jurisdicional’, assim, é aqui empregada no sentido de prestação que constitui o objeto do dever (pré-processual) do Estado-juiz de aplicar autoritativamente o direito, através do processo, como resultado do exercício da jurisdição. Nessa perspectiva, tem-se que o juiz cumpre seu dever de prestar a tutela jurisdicional encerrando a atividade a que estava obrigado a realizar.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 53.

¹⁷¹ “As duas grandes virtudes do direito fundamental contido no inc. XXXV são a própria garantia da inafastabilidade – também chamada de ‘princípio do acesso à justiça’, ou mais impropriamente de ‘direito de ação’ –, bem como de que a Jurisdição também deve ser prestada de forma preventiva. Para além destes direitos, qualquer interpretação é forçada. Assim como não se pode enxergar substância onde só existe processo (devido processo legal), também não se pode enxergar justo processo onde só existe inafastabilidade.” DEL CLARO, Roberto Bengui. Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 126, 2005, p. 287.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 33.

¹⁷³ Para definir o conceito de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, de um modo que pudesse garantir a mesma amplitude do conteúdo do princípio aqui tratado nas mais diversas nações pertencentes à Comunidade Europeia, a Corte de Justiça Europeia desenvolveu dois princípios, a fim de garantir o direito à tutela jurisdicional efetiva e adequada: 1) eficácia: que significa que o remédio processual não deve apenas compensar a vítima por uma potencial lesão de direito, mas ter efeitos de persuadir infratores de evitar violá-lo em primeiro lugar; 2) equivalência: que significa que a proteção de direitos pela legislação comunitária deve possuir equivalência de modo a garantir o mesmo padrão de direitos no direito comunitário em relação ao direito nacional. Cf. REICH, Nobert. Judicial protection in the EU. **Revista Direito GV**. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, 2005, p. 112. No original: “As a consequence, the Court developed the principles of effectiveness and equivalence: • Effectiveness means that a remedy should not only compensate the victim for a potential loss of or injury to a right, but also deter

Nesse contexto, o direito fundamental à tutela efetiva e adequada não dispensa a existência de instrumentos processuais adequados¹⁷⁴ para a resolução de conflitos e, consequentemente, para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional¹⁷⁵.

O subproduto do direito fundamental à tutela efetiva e adequada é o “direito fundamental a tutela executiva”¹⁷⁶, significando que o Estado deve possuir meios executivos idôneos¹⁷⁷ e hábeis a garantir materialmente a infinidade de direitos substanciais existentes, e em tempo razoável que torne útil a pretensão jurídica do titular¹⁷⁸.

potential wrongdoers from violating it in the first place. • Equivalence means that the protection of Community law rights should be equivalent in strength and scope to the protection of similar rights granted under national law. In other terms: nobody should suffer from a lower standard of protection for the simple reason that the right to be protected has its origin in Community rather than in national law.”

¹⁷⁴ GORON, Lívio Goellner. **Tutela específica de urgência**: antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28.

¹⁷⁵ ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 94, 2004, p. 115.

¹⁷⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 52.

¹⁷⁷ “O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir do sistema; esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e de outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; em toda a extensão da realidade prática, o resultado do processo há que ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; cumpre que se possa tingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 77, 1995, p.168.

¹⁷⁸ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores

Conclui-se, então, que o direito fundamental à tutela efetiva e adequada, para ser devidamente respeitado, necessita de instrumentos capazes de prestar direitos adequadamente¹⁷⁹, em tempo razoável¹⁸⁰, tudo isso traduzido em procedimento que assegure as garantias do princípio do processo justo¹⁸¹, sem o qual não será possível assegurar a utilidade do provimento jurisdicional ao titular do direito¹⁸², nem legitimar o exercício da atividade jurisdicional pelo Estado¹⁸³.

segurança e efetividade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, 2011, p. 248-249.

¹⁷⁹ “O processo civil deve estar estruturado de modo a viabilizar a adequada tutela de direitos. Neste sentido, não cabe confundir o modelo processual (vale dizer, os procedimentos) com a tutela que por eles deve ser prestada. Os procedimentos são diferentes exatamente pela razão de que devem se amoldar às diversas espécies de direitos que obrigam o cidadão a buscar o Judiciário. Os procedimentos variam de acordo com a cognição que lhes é inerente (procedimento ordinário de conhecimento, procedimento do mandado de segurança, procedimento cautelar etc.), por permitirem a aceleração dos atos processuais (procedimento ordinário, sumário etc.), por abrirem a oportunidade à antecipação da tutela e por trabalharem com sentenças e meios de execução diversificados.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 32.

¹⁸⁰ ZANFERRINI, Flávia de Almeida Montigelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores segurança e efetividade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, 2011, p. 252.

¹⁸¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TRT-MG, v. 71, 2009, p. 88-89.

¹⁸² “O que se vê é que essas teorias – que defendem que a efetividade do processo consiste em satisfazer o crédito (bem da vida jurídico) pretendido e reconhecido em juízo – não se preocupam com a efetividade (capacidade de fazer a coisa certa) do processo nem da jurisdição, visto que esta atua e se legitima por aquele (processo). Ou seja, a efetividade tanto do processo como da jurisdição reclama a observância aos direitos fundamentais que constituem a garantia do devido processo legal. A grande preocupação das citadas teorias é com os resultados (eficiência) da jurisdição. Contudo, não atacam o problema causador dessa ineficiência jurisdicional, embora o reconheçam, a saber: a falta de estrutura organizacional e tecnicamente qualificada.” PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo

democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial.** Brasília, UniCEUB, v. 8, 2011, p. 94.

¹⁸³ “Vê-se, assim, a pesada responsabilidade que assume o Estado ao definir direitos. Quando o faz deve assegurar, paralelamente, mecanismos de tutela que sejam adequados a satisfazer as carências daquele específico direito, sob pena de jogar ao ostracismo a garantia e, o que é muito pior, pôr em perigo sua legitimidade e sua própria sobrevivência.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 31.

3. TUTELA EXECUTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito fundamental à tutela efetiva e adequada tem como subproduto o direito fundamental à tutela executiva¹⁸⁴.

Considerando que o foco desta pesquisa é analisar se existe ou não uma cláusula de abertura dos meios executivos na redação do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, hábil a permitir a decretação da prisão como meio executivo para garantir a prestação jurisdicional mais adequada ao caso concreto, neste ponto do estudo, passa-se a analisar, ainda que de maneira breve, a evolução da tutela executiva dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TUTELA JURISDICIONAL NO BRASIL: A TUTELA EXECUTIVA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A tutela executiva, como abordado no capítulo antecedente, pode ser considerada sustentáculo elementar do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, sendo, inclusive, o seu subproduto¹⁸⁵.

O conceito de tutela jurisdicional passou por grandes alterações com as evoluções jurídicas e, consequentemente, legislativas, reproduzidas no ordenamento brasileiro.

O direito brasileiro, desde o início, teve uma grande dificuldade de interpretar o que de fato é a tutela jurisdicional. Inicialmente, por forte influência da doutrina italiana^{186,187}, concebeu-se tutela jurisdicional como direito à declaração jurídica segura de um direito em litígio.

Além disso, desde a primeira legislação processual civil codificada¹⁸⁸, o direito brasileiro teve dificuldade em ordenarizar

¹⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 57.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 59.

¹⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

¹⁸⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**.

¹⁸⁸ O Código de Processo Civil de 1939, em seu art. 882, previa que somente eram exequíveis as sentenças já transitadas em julgado ou aquelas cujo recurso pendente não tenha sido atribuído efeito suspensivo. Nesse aparato legal,

procedimentos que envolvessem o uso de técnicas cognitivas e executivas. Tal situação justifica a existência de tantos procedimentos especiais dentro do texto do Código de Processo Civil em vigor, não obstante, na concepção original da lei, somente era possível a execução de uma sentença após o esgotamento de toda a fase cognitiva do processo, até a formação de um título executivo¹⁸⁹.

Nessa linha, o processo de execução era um procedimento próprio e sua instauração era possível quando estivesse preenchido um “pressuposto específico e indispensável, a saber: a existência de um título executivo”¹⁹⁰. Dessa afirmação, depreende-se que o direito brasileiro somente permitia o uso de técnicas executivas no momento que houvesse certeza absoluta de que o direito pretendido de fato pertencia a determinado litigante¹⁹¹.

De todo modo, a existência de um “título executivo” não é suficiente para a instauração de procedimento executivo. Deve haver, sim, a necessidade de um inadimplemento¹⁹², ou seja, é crucial que a obrigação constante do título executivo não tenha sido cumprida voluntariamente, fato este que caracteriza o interesse de agir na busca de

portanto, somente era possível a execução das decisões judiciais no momento em que o Estado possuísse um grau de certeza pleno ou muito próximo disso, ou seja, a tutela jurisdicional era compreendida como uma resposta segura acerca de um litígio.

¹⁸⁹ Dentro dessa ótica, existia uma clara diferenciação de objetos entre processo de conhecimento e processo de execução, como expõe Maria Beatriz Martinez: “O processo de conhecimento tem como finalidade a obtenção de uma tutela jurisdicional que decida o conflito de interesses. O processo de execução, por sua vez, tem por fim satisfazer o direito que a sentença condenatória reconheceu ao demandante vitorioso, sempre que o condenado não o tenha voluntariamente satisfeito. Ou seja, se o condenado não cumprir a determinação imposta pela sentença concedida no processo de conhecimento, o credor deverá entrar com o processo de execução para conseguir obter o que lhe é devido, utilizando-se de atos executivos.” (O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 128, 2005, p. 130).

¹⁹⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 19.

¹⁹¹ A certeza do direito estaria revestida num título executivo, pressuposto necessário para a instauração de um procedimento executivo, cuja legislação, anterior às reformas trazidas pelas leis n. 11.232/2005 e n. 11.382/2006, previa, no art. 583 do Código de Processo Civil, que todas as execuções teriam por base um título executivo judicial ou extrajudicial.

¹⁹² ASSIS, Araken de. Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, 2001, p. 14.

uma tutela executiva e fará surgir, portanto, a motivação e a necessidade de intervenção estatal, quer dizer: surge a “causa de pedir executiva”¹⁹³.

Nessa ótica, a redação original do atual Código de Processo Civil trazia dois procedimentos, separados em tipos de processos diferentes: o processo de conhecimento e o processo de execução. Qualquer técnica executiva para a prestação de um direito pretendido em juízo somente poderia ser adotada com a instauração de um processo de execução¹⁹⁴, cabível apenas quando o direito declarado em sentença transitada em julgado não fosse prestado voluntariamente pelo devedor¹⁹⁵.

O texto do Código de Processo Civil de 1973, vale lembrar, tinha preocupação excessiva com a forma processual ante o entendimento de que o conceito de prestação da tutela jurisdicional estava estritamente ligado à legitimidade do procedimento, ou seja, da segurança legitimada por um processo que garantisse os elementos fundantes do conceito de devido processo legal¹⁹⁶. Em suma, decisão legítima era aquela que

¹⁹³ “A incerteza que solapava o direito do autor é eliminada pelo conteúdo declaratório (quase sempre implícito e logicamente precedente) que passa a conviver com o conteúdo sancionatório da sentença, ambos tornados inequívocos e imutáveis pelo trânsito em julgado. Deste modo, ocorre no processo executório fundado em título judicial uma transformação da *causa petendi*, em relação ao antecedente processo de cognição, pois aqui já não mais reside a concausa da incerteza, remanescendo apenas a causa originária formulada pela insatisfação do direito do exequente, ainda não adimplido pelo executado, que persiste na sua atitude de mora e rebeldia. Em outras palavras, ocorre uma simplificação da causa de pedir no processo de execução de sentença em relação ao processo de conhecimento, pois desaparece a causa remota complexa formada pela causa originária (fatos constitutivos) e pela concausa (incerteza) que residiam naquele, transformando-se, agora, numa causa remota simples, em face da persistência apenas da causa originária (insatisfação do direito) e da inocorrência da incerteza que fora esbatida pela sentença de cognição.” NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 75, 1994, p. 35.

¹⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 18.

¹⁹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 147.

¹⁹⁶ Os elementos fundantes do conceito de devido processo legal são aqueles abordados na seção que trata do direito fundamental ao processo justo, ou seja, o processo seria legítimo na medida em que garantisse o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do órgão jurisdicional, a decisão fundamentada, entre outros princípios processuais destacados como direitos fundamentais de

esgotasse todo o procedimento cognitivo e atingisse a qualidade de imutabilidade.

Essa concepção de tutela jurisdicional segura, no entanto, como observado no capítulo anterior, não atende o conteúdo da cláusula do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, colocando o Estado na situação de devedor da tutela jurisdicional, ou seja, possui pouca efetividade¹⁹⁷.

O paradigma processual inicial brasileiro dividia os procedimentos em cognitivos e executivos, todavia, em determinados momentos, não garantia o bem da vida pretendido pelos litigantes, ou seja, não garantia de fato o provimento da tutela jurisdicional¹⁹⁸.

Essa perspectiva de tutela jurisdicional segura mas pouco efetiva revela uma “crise da sentença condenatória”¹⁹⁹, pois “determinadas situações da vida não comportam a cognição plena e exauriente do procedimento comum, que requer uma tutela sumária urgente”, vaticina José Roberto dos Santos Bedaque.²⁰⁰

Não obstante o apego dos processualistas à segurança da decisão emanada, bem sabemos que a determinação da prestação de um direito a quem não é titular é um desserviço à função jurisdicional e, consequentemente, à própria legitimidade do Estado como pacificador social. De todo modo, a inegável incidência dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico gerou um novo paradigma de estudo do direito processual – o “neoprocessualismo”.

primeira dimensão (aqueles ditos “negativos”, que o Estado não deve interferir, sob pena de infringir o princípio da dignidade da pessoa humana).

¹⁹⁷ BRUSCATO, Wilges. Efetividade no processo de execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 129, 2005, p. 10.

¹⁹⁸ “[...] o termo tutela jurisdicional há de ser entendido como a resposta do Estado ao direito de ação – compreendido este não somente como o direito de provocar a jurisdição, mas sim como o direito à adequada prestação jurisdicional, envolvendo o direito a um procedimento, a um provimento e a meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão de direito material.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 39.

¹⁹⁹ “A denominada crise da sentença condenatória constitui o reflexo de um sistema de tutela dos direitos fundados, exclusivamente, na preocupação com a restauração, em pecúnia, dos direitos violados”. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 347.

²⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 163.

Pelo novo paradigma processual, o direito à prestação da tutela jurisdicional efetiva e adequada assume o mesmo patamar do direito fundamental ao processo justo, pois ambos, conjugados, são a verdadeira expressão do conteúdo da tutela jurisdicional, ou seja, haverá prestação da tutela jurisdicional quando a intervenção estatal for efetiva.

Em outras palavras, o processo de execução, de orientação neoprocessualista, garante não só o direito violado como se o obrigado o tivesse cumprido voluntariamente²⁰¹, mas também o bem jurídico pretendido pelo vitorioso, de forma segura o suficiente e sem deixar de observar os ditames constitucionais do devido processo legal²⁰².

Pode-se afirmar, junto com Guilherme Puchalski Teixeira²⁰³, que o grande marco legal desse novo paradigma processual, dentro do direito processual brasileiro, foi a edição da Lei n. 8.952/1994, que quebrou a lógica rígida do direito processual brasileiro²⁰⁴, ao inserir técnicas executivas dentro do procedimento cognitivo.

A transformação no direito processual brasileiro aqui referida permitiu uma grande evolução do aparato judicial, na medida em que proporcionou ao Estado uma fórmula de melhor cumprir a sua atribuição de pacificador social, com o provimento de medidas jurisdicionais efetivas e adequadas para um determinado caso concreto²⁰⁵.

A quebra de paradigma introduzida pela citada Lei n. 8.952/1994 trouxe técnicas executivas para dentro do procedimento cognitivo, precisamente o instituto da antecipação dos efeitos da tutela e a sistemática de execução das tutelas específicas. Quer dizer: o cabimento de medidas executivas não é mais somente prerrogativa do processo de execução; agora o processo de conhecimento também se pode valer de

²⁰¹ BRUSCATO, Wilges. Efetividade no processo de execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 129, 2005, p.15.

²⁰² GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 22.

²⁰³ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 63.

²⁰⁴ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 56-57.

²⁰⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; **A tutela inibitória da vida privada**, p. 43. O autor comenta, ainda, que talvez o único modelo completamente inadequado de se prover a tutela jurisdicional, em termos abstratos, é a tutela condenatória.

técnicas executivas para melhor satisfazer a pretensão jurídica em litígio²⁰⁶.

As técnicas executivas, portanto, têm o propósito de garantir a efetividade²⁰⁷ dos direitos materiais pretendidos em juízo, objetivo que não é atingido, como pôde ser observado, tão somente com a sentença condenatória. Percebe-se, ademais, que na atualidade o conceito de prestação de tutela jurisdicional está intimamente ligado com o conceito de efetividade. Dessa maneira, somente haverá prestação da tutela jurisdicional quando o bem da vida pretendido pela parte vitoriosa puder ser provido da maneira mais próxima possível que o ordenamento lhe garante²⁰⁸.

²⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil** – Princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

²⁰⁷ “Efetividade, noção abrangente, comporta dose inevitável de fluidez. Em trabalho que já conta mais de dez anos, mas em cuja substância, no particular, não nos pareceria necessário introduzir hoje alterações de monta, procuramos sintetizar em cinco itens algo que, sem excessiva pretensão de rigor, se poderia considerar como uma espécie de *programa básico* da campanha em prol da efetividade. Escrevíamos então: a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 77, 1995, p. 168.

²⁰⁸ “Assim, o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a ideia de efetividade do processo e de utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 79, 2005, p. 66.

Em resumo, o conceito de tutela jurisdicional é o dever do Estado de garantir a prestação efetiva de direitos²⁰⁹ e, por esta razão, está intimamente atrelado à execução de direitos. Nesse sentido, o exercício de técnicas executivas não pode ficar adstrito a procedimentos executivos incomunicáveis, permeado de técnicas cognitivas com conteúdos meramente declaratórios e com pouca efetividade no plano fático²¹⁰. Daí se infere, mais uma vez, que o grande marco para a transformação do conceito de tutela jurisdicional foi a Lei n. 8.952/1994²¹¹, que aparelhou o procedimento cognitivo com técnicas executivas para garantir a execução, ainda que provisória, mas com um grau de certeza muito alto em relação a direitos que não podem aguardar o trânsito em julgado de uma ação judicial.

3.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE TUTELA EXECUTIVA

Após estabelecer que o conceito de prestação da tutela jurisdicional está intimamente ligado com a efetivação dos direitos e, conseqüentemente, com a existência de técnicas executivas adequadas para a prestação do direito material pretendido, é importante compreender o instituto da tutela executiva.

O conceito de tutela executiva já passou por diversas transformações no decorrer da história jurídica.

Ovídio Araújo Baptista de Silva²¹² conta que o conceito de tutela executiva possuía suas bases no direito romano e que o instituto era

²⁰⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 52.

²¹⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 140, 2006, p. 7.

²¹¹ Afirma-se, aqui, que a Lei n. 8.952/1994 foi o marco legal que rompeu a estrutura estanque da dinâmica processual brasileira no que toca à comunicação de técnicas cognitivas com executivas. De todo modo, é importante destacar que essa transformação somente se aproximou de uma completude maior com a edição da Lei n. 11.232/2005, que colocou o cumprimento de sentença como uma nova fase do processo, e a Lei n. 11.382/2006, que reorganizou o sistema executivo de título extrajudicial diante das alterações ocorridas no processo de execução dos títulos judiciais.

²¹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Execução obrigacional e mandamentalidade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 17, 2004, p. 26.

entendido como uma relação obrigacional desvincilhada do patrimônio do executado, o qual só seria atingido num segundo momento, quando o devedor não adimplisse a sua obrigação.

Essa característica, por mais que se tenha transformado em cunho mais patrimonialista, a partir do século XV²¹³ revela uma divisão clara no que concernia à atividade jurisdicional no sistema romano. Desta feita, a função de conhecer e declarar a legitimidade de um direito a alguém cabia a órgão diverso daquele que tinha a função de dar efetividade à declaração jurídica emanada²¹⁴.

A divisão de competências jurisdicionais influenciou a ordem jurídica brasileira de tal modo que a dinâmica de impossibilidade de se praticar técnicas executivas dentro do processo de conhecimento somente se rompeu com a edição da Lei n. 8.952/1994.

Na avaliação de Humberto Theodoro Junior²¹⁵, compete à função jurisdicional declarar a existência de um direito ou posição jurídica a

²¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Execução obrigacional e mandamentalidade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 17, 2004, p. 27.

²¹⁴ “Com efeito, tendo-se presente que o procedimento da *actio*, nas fases mais remotas do direito romano, e mesmo no período clássico, quando a tutela interdital ainda era amplamente exercida pelo pretor, limitava-se a tutelar exclusivamente os litígios nascidos de uma relação obrigacional, reservada a tutela por meio dos interditos, em número superior a setenta, a proteção dos direitos de maior relevância, inclusive para os interesses públicos e coletivos, é possível constatar que as funções a que modernamente denominamos executiva e mandamental incluíam-se na competência do pretor. Enquanto o *iudex* privado condenava, o pretor, através dos interditos, vetava certos comportamentos ou ordenava que os particulares praticassem determinadas atividades, autorizando as imissões na posse (*missiones in possessionem*), função esta eminentemente executiva. Se nos fosse possível reinstalar em nosso direito a estrutura do processo civil romano do período formular, diríamos que ao *iudex* seriam reservadas as funções de juiz do processo de conhecimento, em que, por definição, não pode haver execução, como atividade subsequente à sentença de procedência, na mesma relação processual. Quer dizer, tal como acontecia em direito romano, a sentença condenatória exauria a atividade jurisdicional. Já ao *praetor* seria atribuída a função de proferir sentenças mandamentais e executivas, parcela esta da jurisdição vedada ao *iudex* do *ordo iudiciorum privatorum*.” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 181-182.

²¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 140, 2006, p. 10.

alguém e dar efetividade à declaração jurídica que daí resulta. É dentro desse panorama, de garantir a efetividade do provimento jurisdicional, que se encontra a tutela executiva.

A tutela executiva, inicialmente, dentro do direito brasileiro, estava ligada à iniciativa do Estado de tomar alguma atitude de sub-rogação para garantir a efetivação patrimonial²¹⁶ do direito declarado em sentença²¹⁷. Este conceito de tutela executiva²¹⁸, portanto, diferencia-se da tutela mandamental²¹⁹, de modo que esta é uma eficácia de sentença distinta da eficácia executiva.

²¹⁶ O que se destaca, aqui, para a interpretação de que todos os direitos poderiam ser prestados de maneira ressarcitória em pecúnia é o fato de o pensamento jurídico ter confundido os conceitos de ilícito e dano, conforme analisa Leonardo Papp: “Ora, se a tutela jurisdicional pode ser prestada pela via ressarcitória (com a sentença condenatória e sua posterior execução), fruto do entendimento de que todos os direitos podiam ser deduzidos em pecúnia, não há que se falar em tutela preventiva e, muito menos, em tutela voltada meramente contra o ilícito. Justifica-se, portanto, ser a reparação do dano o principal (senão único) objeto da prestação jurisdicional.” (Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, 2004, n. 31, p. 101).

²¹⁷ “O executar é ir extra, é seguir até onde se quer. Compreende-se que se fale de execução, de ação executiva, quando se tira algo de um patrimônio e se leva para diante, para outro. Compreende-se também que se vá ao extremo de se ligar à execução, *lato sensu*, qualquer cumprimento de sentença, mas essa dilatação de sentido é acientífica. Temos, na Ciência do Direito, de atender à classificação quinária das ações e das sentenças. Tudo aconselha a que se evite a palavra *executar* ou *execução*, para se nomear o atendimento ao cumpra-se, à ordem; *a fortiori*, a aplicação da lei. *Executar* mandado, ordem, ou lei, é termo impróprio, porque não atende a que a Ciência do Direito exige terminologia exata e precisa [Grifo do autor]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, t. VII, p. 4-5.

²¹⁸ “A força executiva retira valor, situado no patrimônio do demandado, e o coloca no patrimônio do demandante.” ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI, p. 22.

²¹⁹ “A ação mandamental é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo *manda*. [...] A ação mandamental típica supõe que o juiz decida após o exame dos elementos continuísticos, e de tal modo se considere baseada, acertadamente, a sua decisão, que ele possa *mandar*. Compara-se com a que, preponderantemente, apenas *declare*, com a que, com o peso 5, constitui (positiva ou negativamente), ou *condena*, e com a que *executa*. Juiz que executa, ou se trate de ação fundada em título judicial, ou

A dicotomia conceitual entre tutela executiva e tutela mandamental não é cabível a ponto de se considerar que a tutela mandamental também não seja considerada atuação jurisdicional com cunho de garantir a efetivação de direitos. O que qualifica a tutela executiva é o ato praticado pelo Estado, capaz de influenciar a concretização do direito material, seja de maneira direta, sub-rogando-se no lugar da parte, seja de modo indireto, aplicando medidas coercitivas adequadas capazes de garantir a efetivação do direito pretendido.²²⁰

Fato é que a atividade jurisdicional, mesmo de maneira indireta, com o uso de meios coercitivos, produz o resultado pretendido pela parte vencedora. Nessa perspectiva, o conceito de tutela mandamental é abarcado pelo conceito de tutela executiva²²¹, mas, dentro das técnicas executivas, “o que interessa é a satisfação do direito pela tutela jurisdicional”²²².

Segundo José Maria Tesheiner²²³, o que garante a efetividade do direito pretendido em juízo é a incidência de um ato executivo jurisdicional, que pode ser um ato meramente sub-rogatório ou de coerção e sua finalidade é atingir a vontade do devedor no sentido de conferir, ainda que de maneira coagida, o direito pretendido pelo credor.

em título extrajudicial, não manda preponderantemente; daí, nas ações executivas típicas, o mandamento ser quase sempre a eficácia imediata. A função mandamental do juízo ou é exercida na própria sentença, ou é deixada a atividade posterior, dele ou de outrem [Grifo do autor]”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, t. VI, p. 3-4.

²²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 20.

²²¹ “Note-se que a satisfação do direito do credor pelo próprio devedor, no processo de execução, sob a pressão de medida coercitiva que lhe tenha sido cominada, não se identifica com o cumprimento espontâneo da obrigação, verificado antes e fora do processo executivo [...], tais medidas coercitivas, por ocorrerem no processo de execução, pelo órgão jurisdicional, passam a integrá-lo, isto é, caracterizam-se como atos executivos sem sentido lato. Sendo elas, portanto, medidas *jurisdicionais*, que *integram o processo de execução*, a satisfação do direito do credor obtida por meio delas não pode deixar de ser caracterizada como autêntica prestação de tutela executiva e, portanto, como execução [processual] forçada.” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 33.

²²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, p. 145.

²²³ TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

O que se depreende dessa assertiva é que, não fosse a intervenção judicial, a concretização do direito material pretendido pelos litigantes jamais sairia do mundo das ideias ou, como propõe Cândido Rangel Dinamarco²²⁴, a execução se conceitua com o atingimento do resultado prático almejado pelo credor.

A tutela executiva não pode ser entendida tão só como aquela que se perfaz mediante atos executivos de sub-rogação para garantir a prestação pecuniária de um determinado direito²²⁵, mas sim a atividade jurisdicional que assegura a efetividade de um resultado prático almejado pelos litigantes²²⁶. Dizer, portanto, que eficácias mandamentais não integram o conteúdo da tutela executiva²²⁷, pelo simples fato de que não há força direta estatal a atuar na esfera jurídica do executado, é negar a existência da citada “crise da sentença condenatória”²²⁸, que se pode estender ao conteúdo mandamental das sentenças²²⁹.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A execução na teoria geral do direito processual civil**. 1972. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 1972, p. 84.

²²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 32.

²²⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 33.

²²⁷ “Execução, vale recordar, se realiza no mundo real, implicando variações de fato e não se contenta com ordens solenes ou declarações de princípio.” ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, p. 35.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 347.

²²⁹ Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda afirma que o conteúdo mandamental tem por objetivo o exercício do direito na própria sentença ou para atividade posterior, ou seja, para atividade executiva posterior à medida judicial que garantiu a ordem em favor de um dos litigantes. Logo, reconhecer que a tutela executiva é tão somente uma atividade de sub-rogação é deixar de reconhecer que a tutela mandamental sofre da mesma crise da tutela condenatória, pois ambas não passam de meras declarações que não prescindem de atividade judicial posterior para lhes garantir efetividade, ou seja, ambas precisam de atos executivos para lhe garantir efetividade. No que toca aos conteúdos declaratórios e constitutivos, a crise não merece prosperar, pois a sentença encerra a atividade jurisdicional sem necessidade de qualquer ato de efetivação posterior. Dentro dessa análise, poderi-se-ia afirmar que existem tão somente três conteúdos de sentença, que sejam os declaratórios, constitutivos e executivos. Note-se que em todos os conteúdos a necessidade de técnica cognitiva é essencial, mas somente o conteúdo executivo necessita de imposição do uso da força estatal, a fim de garantir, na prática, no mundo dos fatos, aquilo

Sentença executiva é, portanto, “aquela que autoriza a prática dos atos materiais de execução no próprio processo em que foi proferida²³⁰”. Daí se infere que as tutelas mandamentais são de fato tutelas executivas, ou seja, as ações que visam garantir uma ordem sob pena de coerção são ações executivas, haja vista que o pressuposto necessário para se configurar uma determinada medida judicial como ação executiva é a finalidade estatal de praticar atos de efetivação de direitos – atos executivos²³¹.

Com esteio no exposto até aqui, pode-se afirmar que o conteúdo da tutela executiva engloba conceitos de atos sub-rogatórios e medidas coercitivas, ou seja, aquilo que, dentro da classificação quinária das ações, englobaria o conteúdo da tutela mandamental. Também se pode aduzir que o conteúdo mandamental de sentença é parte integrante do conteúdo executivo²³².

Por último, a tutela executiva se classifica em direta e indireta: direta é realizada de modo forçado pelo Estado; a indireta é realizada por meio de atos que influenciam na vontade do devedor, no intuito de que ele, voluntariamente, cumpra com o direito pretendido em juízo²³³.

que a atividade cognitiva determinou no mundo jurídico. (**Tratado das ações**, t. VII).

²³⁰ TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, 2001, p. 29.

²³¹ TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, n. 102, p. 28.

²³² “A distinção que se pretende fazer entre *ação executiva lato sensu* e *ação mandamental* parte da distinção entre coerção direta e indireta. Ambas as demandas teriam por característica comum a circunstância de poderem gerar uma decisão que certifique a existência do direito e já tome providências para efetivá-lo, independentemente de futuro processo de execução. São, pois, ações sincréticas. Distinguem-se na medida em que a primeira visa à efetivação por sub-rogação/execução direta e a segunda por coerção pessoal/execução indireta. A terminologia consagrada já revela o preconceito que existia em relação à execução indireta. Executiva somente poderia ser a ação que levasse à sub-rogação. Embora já esteja consagrada, a terminologia merece reparos; o melhor seria: a) *ação executiva lato sensu por coerção direta*; b) *ação executiva lato sensu por coerção indireta* [Grifo do autor].” DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 274.

²³³ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 33-34.

3.2.1 Execução direta

A tutela executiva, como visto, engloba os conceitos de atos sub-rogatórios e atos de coerção para garantir a efetividade de determinado provimento jurisdicional. A execução exercida pelo Estado, por meio de atos de substituição da vontade do devedor e que visam garantir a prestação do direito pretendido, é a que se classifica, dentro da tutela executiva, como execução direta²³⁴.

Para a classificação de uma tutela executiva direta é indispensável a prática de atos de sub-rogação, que são aqueles que garantem a efetividade do direito pretendido pela parte vitoriosa independentemente da atuação da vontade do devedor, ou seja, nestas hipóteses o Estado se coloca no lugar da parte vitoriosa para o uso da força direta na esfera patrimonial do executado a fim de dar efetividade ao direito pretendido²³⁵. Esta forma de execução direta – por sub-rogação – somente é possível no que toca aos direitos que podem ser prestados por meio de sentenças condenatórias, ou melhor, direitos que possuem cunho estritamente patrimonial²³⁶. Isto em razão de os direitos não patrimoniais não poderem ser prestados de maneira adequada mediante tutela condenatória²³⁷; quando tal acontece, tem-se a “crise da sentença condenatória”²³⁸.

²³⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 24-25.

²³⁵ BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 89, 2010, p. 118.

²³⁶ As tutelas declaratórias e constitutivas não prescindem de atos de execução para ter a sua efetivação, basta a declaração jurídica – sentença – e há a composição de um litígio. As tutelas condenatórias, no entanto, não deixam de ser um título executivo essencial para a deflagração de atos executivos, o que revela, portanto, que os atos de sub-rogação são aplicáveis àqueles direitos eminentemente patrimoniais. No mesmo sentido, expõe Araken de Assis: “A força executiva retira valor, situado no patrimônio do demandado, e o coloca no patrimônio do demandante.” (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, p. 22).

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 347.

²³⁸ “A demora no processo, a ausência de verdadeiro poder de *imperium* do juiz, a busca (incessante) da ‘certeza jurídica’, a crença na verdade absoluta e a eleição da ordinariade são alguns dos elementos que levaram o processo civil brasileiro à situação atual de distanciamento da realidade social. Situação esta

Da doutrina de Luiz Guilherme Marinoni²³⁹, extrai-se que os atos de sub-rogação só podem ser utilizados em sentenças que necessitem efetivação posterior e que não tenham por objeto tutelar qualquer direito cuja conversão pecuniária deixará de dar qualquer efetividade à posição jurídica pretendida em juízo. Um exemplo de direito cuja prestação pecuniária é inútil ao credor da posição jurídica resistida alude aos direitos da personalidade, caso em que a indenização será materialmente insuficiente para garantir a prestação da tutela jurisdicional adequada.

A técnica executiva sub-rogação pressupõe a observância do “princípio da tipicidade”²⁴⁰ dos meios executivos, que tem o escopo de limitar a atuação do Estado no exercício da função jurisdicional, com base na lei, colocando o princípio da legalidade como corolário do princípio do devido processo legal²⁴¹. Esse fato bem demonstra a lógica do processo clássico, já apresentada neste trabalho, acerca da legitimação da atividade jurisdicional pelo procedimento.

Seguindo a linha de raciocínio de Ovídio Araújo Baptista da Silva²⁴², a atividade jurisdicional direta tem a finalidade de garantir a posterior da certeza jurídica, que pode ser representada pela existência de uma atividade judicial cognitiva prévia, ou, ainda, com a existência de um “título executivo extrajudicial”²⁴³.

que, sem dúvida alguma, reflete a crise e a necessidade da construção de alternativas para superação do problema. Mas, é importante ressaltar, que se a crise atinge o processo civil como um todo, fulmina principalmente o processo de execução. Neste, apresenta-se com todas as suas formas e nuances. Isto porque o processo de execução é o que se propõe mais de perto a satisfazer os direitos, a garantir a realização do Direito material e o cumprimento das decisões judiciais.” DOTTI, Rogéria Fagundes. A crise no processo de execução. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 374-375.

²³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 350.

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 54.

²⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 54-55.

²⁴² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 148.

²⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 154.

Rodrigo Lanzi de Moraes Borges²⁴⁴ defende que a substituição do devedor pelo Estado a fim de garantir, em termos práticos, o resultado pretendido pelo credor, após a disciplina da Lei n. 11.232/2005, não mais deve ser realizada em um processo autônomo, mas sim como nova fase do cumprimento do título judicial.

A execução direta, portanto, que visa garantir a satisfação de direitos patrimoniais mediante atos expropriatórios²⁴⁵, é exercida por meio de atos executivos de substituição do devedor pelo Estado para ver respeitado o direito pretendido pelo autor²⁴⁶.

Fredie Didier Junior²⁴⁷ também leciona sobre a execução direta e assevera que se trata de medida em que o Estado se sub-roga no lugar do credor e, pelo uso da força direta na esfera jurídica individual do devedor, visa garantir a satisfação de uma determinada pretensão jurídica, que pode ser convertida em pecúnia.

Feitas essas considerações, cumpre, agora, identificar quais são os meios utilizados pelo Estado para substituir a vontade do credor e assegurar o adimplemento da pretensão jurídica.

A classificação dos atos executivos de sub-rogação, conforme anota Rodrigo Lanzi de Moraes Borges²⁴⁸, pode ser de três ordens: a) meios de desapossamento, para colocar o credor na posse do bem pretendido; b) meios de transformação, para garantir, com a força do Estado, a execução de um fazer a que o devedor estava obrigado; c) meios de expropriação, quando o Estado invade, de maneira mais drástica, o patrimônio de um indivíduo e aliena determinado bem com o objetivo de pagar o credor.

²⁴⁴ BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 89, 2010, p. 115.

²⁴⁵ BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 89, 2010, p. 115.

²⁴⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 25.

²⁴⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 273.

²⁴⁸ BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 89, 2010, p. 118.

A classificação proposta tem como objeto a análise de efetivação do direito pretendido, pois os meios de desapossamento e de transformação nada mais são do que atos executivos que visam entregar diretamente ao autor o bem jurídico pretendido²⁴⁹. No que toca aos atos expropriatórios, não se pode dizer que não se trata de meio executivo com o objetivo de prestar a tutela específica, pois, em variadas causas, o bem jurídico que se pretende é uma determinada quantia de dinheiro²⁵⁰.

Essa classificação dos meios executivos sub-rogatórios se aplica à execução de título extrajudicial e às execuções de títulos judiciais, até porque o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, ao elencar exemplificativamente alguns atos executivos, demonstra que nos próprios mecanismos porventura adotados pelo magistrado existem atos executórios que podem ser classificados como medida de desapossamento ou de transformação²⁵¹.

²⁴⁹ “A sub-rogação, também designada de execução direta, abrange a expropriação (art. 647), o desapossamento (art. 625) e a transformação (art.635). Aplicam-se a tais meios, respectivamente, as obrigações pecuniárias, de entrega de coisa e de fazer fungível.” ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. VI, p. 24.

²⁵⁰ Importa destacar que os atos expropriatórios possuem uma ordem preferencial, conforme leciona Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes: “A regra do art. 686 deixa claro que a alienação em hasta pública é alternativa subsidiária às técnicas expropriatórias da adjudicação e da alienação por iniciativa particular. Exatamente porque a intenção da reforma legislativa é a de evitar, quando possível, a prática de todos os atos preparatórios que antecedem a realização da hasta. E, também, o novo sistema parte da premissa de que, alienado em hasta pública, dificilmente o bem penhorado obtém o preço justo.” (Os atos de expropriação forçada no processo de execução e a Lei 11.82/2006. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 146, 2007, p. 157). Neste ponto vale a crítica ao rol preferencial de atos expropriatórios, previsto no art. 647 do Código de Processo Civil, uma vez que a adjudicação é o ato expropriatório preferencial. Isto em razão de a adjudicação ser um ato que retira a propriedade de um bem do executado e a entrega ao exequente. Desta forma, observa-se que em circunstâncias cuja demanda é meramente pecuniária não haverá entrega do bem jurídico em si pretendido – dinheiro, mas sim a troca por um bem específico, o qual não era objeto da causa de pedir da demanda executiva. Logicamente, o instituto está ali inserido com o objetivo de assegurar um melhor resultado à demanda, a menor onerosidade do devedor, a celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

²⁵¹ Da leitura do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, extrai-se que o juiz, para garantir a efetivação do resultado prático pretendido pela parte, pode realizar, como exemplo, busca e apreensão, que de fato não deixa de ser uma

Dessa breve incursão na execução direta, conclui-se: ainda que ocorra a substituição do devedor pelo Estado, o fim pretendido é garantir a prestação efetiva do direito ou posição jurídica, de modo que, em determinadas circunstâncias, é possível o uso de atos executivos subrogatórios para assegurar a efetivação do direito em espécie.

3.2.2 Execução indireta

A tutela executiva, como estudado anteriormente, é aquela que não prescinde do uso da força do Estado para garantir a satisfação de um determinado direito pretendido por alguém. O uso de força estatal pode ser direto, na esfera jurídica do executado, ou indireto, em que é necessária a colaboração do executado²⁵².

Agora, a atenção se volta para a execução indireta e o detalhamento da quebra paradigmática inserida com o art. 461 do Código de Processo Civil, cuja redação é dada pela Lei n. 8.952/1994.

Pois bem, execução indireta necessita de participação do executado para garantir a satisfação do direito pretendido, ou seja, nesta modalidade de execução o Estado invoca sua força coercitiva com o intuito de, ao atuar na vontade do devedor, satisfazer o direito resistido. A satisfação do direito resistido aqui mencionada só será possível mediante a prestação da tutela jurisdicional²⁵³.

Neste trabalho já foi pontuada a discussão que se travou acerca do uso de medidas coercitivas, pelo Estado, a fim de garantir a satisfação de determinado direito, isto é, saber se tal medida caracteriza ou não exercício de tutela executiva²⁵⁴.

De todo modo, firmou-se, aqui, seguindo a linha de entendimento de José Maria Tesheiner²⁵⁵, que o conceito de tutela executiva é aquele

medida de desapossamento, bem como o desfazimento de obras, que se trata de ato executivo de transformação.

²⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 273.

²⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 231.

²⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**, t. VII, p. 5.

²⁵⁵ TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, n. 102, p. 31.

em que, para a efetivação de um direito, é necessário o exercício da atividade judicial, e a força estatal pode ser direta ou indireta.

O que se conclui é que o conceito de tutela executiva, por abranger o uso de qualquer tipo de força estatal – direta ou indireta –, engloba também situações em que a atividade judicial é exercida por meio de atos coativos, ou seja, por meio da execução direta para a satisfação de uma determinada pretensão jurídica.

Marcelo Lima Guerra²⁵⁶ adverte que aqueles que consideram que a eficácia executiva se restringe ao uso de medidas de substituição do Estado no lugar do devedor demonstram uma visão equivocada do processo, pois o ordenamento jurídico brasileiro confere ao juiz poderes mais amplos na concretização de direitos, aí incluídas as medidas coercitivas.

Para Humberto Theodoro Junior²⁵⁷, o processo, a partir da imantação do direito constitucional pelo ordenamento jurídico, necessitou ser repensado, vez que, por seu caráter instrumental, precisa assegurar de maneira adequada o bem jurídico pretendido por um meio considerado justo.

Essas assertivas corroboram a ideia de que a tutela executiva se caracteriza, sim, pela prática de medidas coercitivas; o devedor, ao satisfazer o direito mediante coerção, não o faz voluntariamente, mas em razão da tensão que o Estado-juiz coloca sobre a sua esfera jurídica, sob pena de lhe imputar uma sanção caso o inadimplemento se mantenha²⁵⁸.

A execução indireta, por agir com meios de coerção, atende a finalidade do processo, qual seja garantir a prestação do bem da vida pretendido pela parte. Isto significa que a jurisdição pode usar meios coercitivos quando o direito de fato foi violado – tutela repressiva²⁵⁹ –, ou mesmo quando existir uma iminência de violação de direito – tutela

²⁵⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 32.

²⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 125, jul. 2005, p. 64.

²⁵⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 33.

²⁵⁹ “A tutela processual, ressaí da lógica, pode revestir-se de duas modalidades básicas: a tutela repressiva e a preventiva. A primeira é de vulgar conhecimento e ampla divulgação; praticamente todos os procedimentos concebidos em nosso ordenamento jurídico têm cunho repressivo, no sentido de que, ocorrida a lesão ao direito, se busca o restabelecimento da situação anterior (seja pelo ressarcimento, pecuniário ou por meios equivalentes, dos prejuízos causados).” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 98-99.

preventiva –, cujo texto constitucional também garante a prestação da tutela jurisdicional no intento de evitar a existência de um ato ilícito ou dano²⁶⁰.

Luiz Guilherme Marinoni²⁶¹ destaca a importância da execução indireta, justamente porque, além de poder prestar a tutela jurisdicional repressiva específica, ou seja, a reparação de danos em espécie, por meio da “tutela inibitória” permite que se atenda o comando constitucional da função jurisdicional para tutelar ameaça a direito, evitar a prática de atos ilícitos e, consequentemente, os danos decorrentes.

Da Constituição Federal, extrai-se que cabe à função jurisdicional tutelar direitos mesmo antes de sua violação. Não sem razão, foi necessário repensar o processo de execução no direito brasileiro e romper o paradigma inspirado no processo romano²⁶², que dividia as técnicas cognitivas das técnicas executivas em dois processos distintos e incomunicáveis.

Esse novo pensamento de remodelação do processo civil brasileiro, inaugurado pela Constituição Federal, foi inserido no direito positivo pátrio com a edição da Lei n. 8.952/1994 – aqui tratada como marco de mudança de paradigma no direito processual civil brasileiro –,

²⁶⁰ “A tutela preventiva encontra fundamento na atual Constituição Federal, que expressamente prevê, em seu art. 5º, inc. XXXV, que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.’ É possível dizer, portanto, que a Lei Maior concebe um direito geral à prevenção, que pode ser exercido sempre que alguém sofra ameaça a direito seu. Além disso, esta espécie de tutela seria intuível, mesmo, do sistema como um todo, como elemento inexorável e indivisível da concepção de Estado de Direito sob o qual vive o Brasil [Grifo do autor].” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 102-103.

²⁶¹ “A tutela inibitória, configurando-se como tutela preventiva, visa a prevenir o ilícito, culminando por apresentar-se, assim, como uma tutela anterior à sua prática, e não como uma tutela voltada para o passado, como a tradicional tutela ressarcitória.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 36.

²⁶² “Assim era em direito romano, pois a *actio iudicati* era ação que não diferia de todas as outras senão por ter como pressuposto a existência do *iudicatum* anteriormente proferido. [...] Aqui, a questão da autonomia do processo executivo, a ter na sentença condenatória o elo de ligação entre as duas funções jurisdicionais, recebeu inspiração da doutrina francesa, onde se dera a criação do *Processo de Conhecimento*, com transferência para os órgãos da Administração Pública da função executiva [...]” BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, p. 149.

seguindo-se a publicação da Lei n. 11.232/2005, que colocou o cumprimento de sentença como uma nova fase do processo de conhecimento.

Essas reformas, não é demais lembrar, representaram um grande avanço na dinâmica processual brasileira ao integrar técnicas cognitivas com técnicas executivas, algo que era impensável dentro do processo civil clássico²⁶³.

Com efeito, o aludido rompimento paradigmático inserido pela sistemática do art. 461 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.952/1994, objetivou reverter um quadro de estímulo “jurídico” ao inadimplemento e, ademais, quebrar a lógica da responsabilidade patrimonial mesmo quando o litígio se fundasse em direitos em espécie²⁶⁴.

Essa nova concepção de direito processual atribui ao Estado o dever de garantir formal e materialmente determinado direito, daí o propósito da disciplina atual do art. 461 do Código de Processo Civil de garantir uma tutela jurisdicional diferenciada, o que na prática corresponde “a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material”²⁶⁵.

A toda evidência, a tutela diferenciada exige que o Estado possua técnicas distintas em relação à natureza de cada direito material²⁶⁶.

Luiz Guilherme Marinoni²⁶⁷, a propósito, comenta que a tutela jurisdicional teve de superar o paradigma da monetarização dos direitos que surge em razão da confusão entre os conceitos de ato ilícito e dano, haja vista que determinados direitos não poderão ser reparados

²⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, p. 147-148.

²⁶⁴ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 55.

²⁶⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26.

²⁶⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. O art. 461 do CPC (tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, n. 408, 2010, p. 117.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 348.

monetariamente, quer dizer: não podem ser reintegrados à esfera jurídica do jurisdicionado por meio de pecúnia.

O objetivo do art. 461 do Código de Processo Civil é, pois, fazer com que a jurisdição cumpra o seu papel de efetivação dos direitos em espécie, de maneira semelhante ao adimplemento voluntário, sem necessidade de intervenção judicial²⁶⁸. Nesta linha, o §1º do citado dispositivo processual civil²⁶⁹ admite a possibilidade de conversão da tutela específica em perdas e danos em duas hipóteses: a) a requerimento do autor; ou b) quando for impossível a prestação do direito em espécie ou o resultado equivalente.

Salienta-se que o art. 461 do Código de Processo Civil inaugurou positivamente no sistema processual brasileiro o uso de mecanismos de proteção em espécie de direitos, bem como garantiu o uso da tutela inibitória a fim de evitar a ocorrência de atos ilícitos, ainda que provisoriamente²⁷⁰.

A “tutela inibitória” tem, portanto, o condão de evitar que atos ilícitos ocorram e assim assegurar materialmente o comando previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, *litteris*: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”.

²⁶⁸ BRUSCATO, Wilges. Efetividade no processo de execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 129, 2005, p. 15.

²⁶⁹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.” BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

²⁷⁰ “Observa-se, da singela dicção do dispositivo, ser ele realmente capaz de veicular tutelas não somente condenatórias, mas especialmente mandamentais e executivas *lato sensu*. De outra parte, também permite a proteção provisória do direito ameaçado de lesão (§3º do art. 461 do Código de Processo Civil). Concebe, ademais, a realização *in natura* da pretensão exposta. Por fim, elenca técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida. Coteja, pois, o dispositivo com todas as carências a proteção da vida privada. Vê-se, aí, o caminho adequado da tutela deste direito [...].” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 111.

Importante destacar que a “tutela inibitória” é uma “tutela preventiva” e não se confunde com a tutela cautelar²⁷¹. Enquanto a “tutela inibitória”²⁷² visa dar proteção imediata a um bem jurídico que está na iminência de ser violado, a “tutela cautelar”²⁷³ tem caráter instrumental, ou seja, objetiva garantir a satisfação posterior do processo na fase de execução.

O escopo da “tutela inibitória” é, portanto, garantir a efetividade de direitos na vida das partes, ou seja, visa impedir a lesão a um determinado direito que pode ou não provocar dano²⁷⁴. Em complemento, assim como a “tutela inibitória” tem por objeto impedir a prática de ilícitos, é indispensável que o Estado utilize medidas coercitivas para assegurar a prestação jurisdicional preventiva²⁷⁵.

No que tange à “tutela preventiva”, para que possa ter efetividade, é necessário o uso de medidas coercitivas, pois os meios de invasão do patrimônio do devedor nem sempre são suficientes para garantir a prestação de um direito não pecuniário²⁷⁶. Para esse mister,

²⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, p. 149.

²⁷² “Ponto inicial, digno de atenção especial, refere-se ao reconhecimento de que a tutela inibitória não é espécie do gênero tutela de urgência e, muito menos, tipo especial de medida cautelar. Ao contrário, a ação inibitória é ação de cognição exauriente, permitindo a realização plena do contraditório e apta a gerar coisa julgada material.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 112.

²⁷³ “A tutela cautelar, embora muitas vezes assuma função preventiva, é modalidade de tutela instrumental e provisória.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 115.

²⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 349-350.

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 85.

²⁷⁶ Opta-se pelas expressões “direito não pecuniário” ou “tutela específica” em contraste à adotada por parte da doutrina “direito não patrimonial”. A opção por termo “tutela específica” ou “direito não pecuniário” resulta do entendimento de que a terminologia “direito não patrimonial” não é a mais apropriada, pois em determinadas situações, como no caso de defesa dos direitos do consumidor, com base no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o objetivo é prestar a tutela específica, terminologia utilizada pela própria legislação, a qual pode, sim, em muitas situações, dentro de demandas consumeristas, ser reparada pecuniariamente pelo preço do produto. Aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor coloca esta opção em seu art. 18, §1º, inc. II. Em suma, a tutela específica não tem por objeto apenas amparar direitos da personalidade, mas

conforme orientação de Sérgio Cruz Arenhart²⁷⁷, deve o Estado munir-se de meios e instrumentos adequados.

O devedor do direito pleiteado, portanto, deve agir em conformidade com o ordenamento jurídico e quando tal não ocorrer, o uso de instrumentos de coerção é essencial²⁷⁸, valendo lembrar que o uso de medidas sub-rogatórias, com o intuito de reparar pecuniariamente

também direitos patrimoniais, nos quais a parte autora da ação possui interesse em receber o bem jurídico em espécie. Pode-se exemplificar, no caso de compra de um veículo em uma concessionária, caso haja algum defeito no produto (veículo), a parte pode ter interesse no bem em si e não na reparação pecuniária apenas. O que se destaca neste exemplo é que um veículo possui aspecto patrimonial relevante na esfera jurídica de qualquer pessoa, inclusive nos termos do art. 655, inc. II, do Código de Processo Civil. Portanto, opta-se pelas expressões “tutela específica” ou “direito não pecuniário”. Na mesma linha, entende Marcelo Lima Guerra: “Para se dimensionar e enfrentar os problemas pertinentes à efetivação prática da tutela executiva, notadamente os que se relacionam como o uso de medidas coercitivas, é indispensável uma breve referência à conhecida distinção entre execução específica e genérica. Com efeito, diz-se que a execução é específica nas hipóteses em que se obtém a satisfação do direito do credor tal qual representado no título executivo. De outra parte, a execução é genérica naquelas outras hipóteses em que se proporciona ao credor apenas o equivalente pecuniário do direito originariamente consagrado no título executivo. Como se pode verificar, essa distinção não diz respeito à execução propriamente dita, isto é, ao tipo de atividade necessária à prestação da tutela executiva. Quando se fala em execução específica ou genérica, não se está referindo a diferentes modalidades de execução, como ocorre quando se distingue entre execução direta e indireta, ou entre execução de quantia certa, para entrega de coisa e de obrigação de fazer ou não fazer. A distinção entre execução específica e genérica reporta-se, na verdade, à própria situação substancial a ser tutelada em via executiva e não aos meios a serem aí empregados. É, portanto, o próprio direito subjetivo a ser satisfeito, *in executivis* – que poderá ser o originariamente constituído, ou o seu equivalente pecuniário –, o que diferencia a chamada execução específica da genérica. Por isso, não é a execução que é específica ou genérica, mas sim a tutela jurídica reconhecida pelo ordenamento ao interesse do credor, que poderá ser a tutela em forma específica do direito subjetivo, ou aquela consistente na sua conversão no direito ao seu mero equivalente pecuniário.” (**Execução indireta**, p. 39).

²⁷⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 186.

²⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 185.

algo que não possui valor monetário, é insuficiente para garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais²⁷⁹.

A conclusão a que se chega é que a tutela inibitória somente pode ser exercida mediante uso de instrumentos indiretos de atuação estatal, pois esta forma de atividade jurisdicional somente se concretiza com a participação do réu. Em outras palavras, para que a tutela inibitória possua efetividade são necessários instrumentos hábeis, adequados e suficientes para abarcar as diferentes circunstâncias do mundo fático, sem o que será mais árduo para Estado-juiz atuar em prol da concretização dos bens juridicamente tutelados²⁸⁰.

Ainda, ressalta-se que o art. 461 do Código de Processo Civil, ao sistematizar positivamente a “tutela inibitória” no ordenamento jurídico brasileiro, criou um importante instrumento de efetivação de direitos²⁸¹. O grande mérito deste dispositivo legal foi alterar a lógica processual clássica constante do normativo infraconstitucional, de modo a permitir a proteção diferenciada e adequada dos direitos e prover uma resposta mais efetiva e justa para o conflito²⁸².

3.2.2.1 A flexibilização do princípio da tipicidade como instrumento de garantia da prestação da tutela jurisdicional mais adequada

A execução indireta é o exercício da tutela jurisdicional com uso da força estatal por meios de instrumentos coercitivos e o objetivo é

²⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 164-165.

²⁸⁰ “Não se pode falar, pois, em tutela preventiva sem abordar a intricada questão de sua atuação concreta. Deveras, inócua seria toda esta construção teórica sobre ação inibitória, se o provimento não fosse apto a fazer-se valer no mundo empírico, impondo a ordem cominada e compelindo o sujeito do comando de adimpli-lo. Ao notar que a pedra de toque de tutela preventiva está em impor a alguém uma conduta (fazer) ou uma abstenção (não fazer), ingressa o jurista no árduo campo das medidas coercitivas, que buscam influir na vontade de alguém, para que este espontaneamente cumpra certa determinação judicial.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 187.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 87.

²⁸² TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 62.

atuar na vontade no devedor de modo incitá-lo a colaborar com a jurisdição e garantir efetivamente o direito substancial pretendido²⁸³.

O exercício da atividade jurisdicional executiva, portanto, não prescinde da prática de atos executivos por parte do Estado – atos de império²⁸⁴.

A atuação estatal coercitiva, contudo, encontra limites no princípio da tipicidade. Diz-se isso porque, conforme Fredie Didier Junior²⁸⁵, o princípio da tipicidade determina que os “atos de império” (atos executivos) deveriam estar devidamente previstos em lei.

Luiz Guilherme Marinoni²⁸⁶ ratifica a assertiva ao lecionar que referido preceito – princípio da tipicidade – foi inspirado no paradigma do Estado Liberal clássico e, portanto, tem o propósito de controlar os atos do magistrado, de modo a restringir a sua atuação com o exercício de meios exclusivamente previstos em lei.

Com o entendimento firmado neste trabalho, da existência do direito fundamental à tutela executiva²⁸⁷, verifica-se que o princípio da

²⁸³ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 273.

²⁸⁴ “Vai daí que, diversamente do que ocorre no direito moderno (onde muitos ainda enxergam nos direitos reais uma obrigação passiva universal), para o direito romano os direitos absolutos não eram tutelados pela *actio* ou pela *condemnatio*. A tais direitos se outorgava o instrumento da *vincidcatio*, forma de interdito que não se incluía na *iurisdictio* romana, sendo exercício de império. Diversamente do que ocorria na *iurisdictio*, com os interditos não se postulava a declaração (*ascertamento*) de um direito, ele era ao contrário um preceito hipotético com o qual não se intimava um juiz a condenar, como nas fórmulas, mas diretamente à parte, de obedecer quando os fatos alegados fossem verdadeiros. Era exercício de *imperium*, pois ao magistrado (*praetor*) concedia-se, como agente público que era, o poder de emitir ordens. E tal ordem era consentida, mesmo sem a declaração da existência do direito, pois, via de regra, tratava-se de tutela de direitos evidentes, que, portanto, prescindiam de sua declaração.” ARENHART, Sérgio Cruz.. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 166-167.

²⁸⁵ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 279.

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 54.

²⁸⁷ “[...] a caracterização da exigência de um sistema completo de tutela executiva como direito fundamental traz ainda outra consequência importante, a saber, a ausência de vinculação do juiz ao pedido do credor no processo de execução, quanto ao uso de meios executivos. Isso é reflexo da dupla dimensão, subjetiva e objetiva, dos direitos fundamentais. Realmente, como direito

tipicidade só pode ser exigido no cumprimento de medidas repressivas, mas nunca em relação a meios coercitivos²⁸⁸, isto em razão da deficiência que qualquer diploma legal possui de prever meios adequados de execução para os mais variados tipos de direito substancial²⁸⁹.

O art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 8.952/1994, reitera-se, quebrou o paradigma de tipicidade e da sistemática clássica processual de segregação de técnicas cognitivas de tutelas executivas²⁹⁰, ou seja, a disciplina do citado dispositivo legal é a positivação infraconstitucional da incidência do princípio da efetividade no processo civil brasileiro.

Nessa linha, caberá ao magistrado, na análise do caso concreto, apontar e escolher qual o meio mais adequado para garantir a efetivação do direito pretendido por meio da atividade judicial²⁹¹.

A positivação do princípio da efetividade no ordenamento infraconstitucional pátrio, por meio da Lei n. 8.952/1994, ao possibilitar a efetivação das obrigações de fazer ou não fazer por instrumento de atos coercitivos²⁹², visou dar força ao direito fundamental à tutela executiva, princípio previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição

fundamental que é a exigência de um sistema mais completo de tutela executiva deve ser concretizada pelos órgãos estatais espontaneamente. Dessa forma, uma vez requerida a tutela executiva, caberá ao juiz a determinação do meio executivo mais apropriado, bem como a substituição de algum já utilizado, por outro que se revele mais eficaz. Quanto a tais meios, e apenas quanto a isso, não está o juiz, portanto, nem vinculado à iniciativa do credor, nem a alguma escolha que o mesmo credor tenha feito, onde isso seja possível. Como se verá, este aspecto do direito fundamental aos meios executivos será de importância crucial ao se interpretar, agora por uma perspectiva renovada, as normas relativas à expropriação forçada no CPC.” GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

²⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 55.

²⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 61.

²⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 57.

²⁹¹ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 274.

²⁹² DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 274.

Federal²⁹³, cuja finalidade é imbuir a jurisdição da responsabilidade da tutela preventiva de direitos²⁹⁴.

O legislador ordinário, ao romper o paradigma da incoercibilidade (art. 461 do Código de Processo Civil), determina que o exercício da tutela preventiva requer uma atuação concreta, de modo que instrumentos hábeis, adequados e capazes de atuar de maneira efetiva na vontade do devedor precisam estar à disposição do Estado²⁹⁵.

O jurisdicionado, por seu lado, não se deve contentar com procedimentos incapazes de prestar a tutela efetiva dos direitos²⁹⁶. Em rigor, o direito ao acesso à justiça não deve ser interpretado, nos termos propostos por Mauro Cappelletti e Bryan Garth²⁹⁷, ou seja, no sentido de garantir um efetivo acesso em pé de igualdade de todos os litigantes ao Poder Judiciário.

O acesso à justiça não deve apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário com o direito a uma declaração jurídica, mas também prover instrumentos adequados para a execução dos direitos²⁹⁸, sem o que não há como garantir a observância do direito fundamental à tutela executiva²⁹⁹. Neste sentido, o princípio da tipicidade é insuficiente para garantir, concretamente, a observância do princípio da efetividade processual³⁰⁰.

²⁹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 52.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 349-350.

²⁹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 191.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 59.

²⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 15.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 59.

²⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 52.

³⁰⁰ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 274.

A quebra do princípio da tipicidade é observada de maneira mais clara no que dispõe o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil³⁰¹, ao dirigir ao magistrado a prerrogativa de tomar, inclusive de ofício, as “medidas necessárias”, com direito ao uso de força policial, conforme a necessidade do caso concreto, para a efetivação do direito pretendido em juízo. Vê-se, assim, que a lei apenas apresenta um rol exemplificativo para a execução do direito³⁰².

Novamente, o mencionado §5º do art. 461, ao romper o paradigma de controle dos atos executivos do juiz, por instrumento da lei, deu corpo ao direito fundamental da tutela efetiva e adequada dentro da legislação processual infraconstitucional³⁰³. Esta “cláusula de abertura” imbuí o magistrado do dever constitucional de concretizar direitos por instrumento do processo, atividade esta que deve ser operada com a observância de três princípios, conforme expõe Marcelo Lima Guerra³⁰⁴:

³⁰¹ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. [...] § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.” BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução de liminar em mandado de segurança. Desobediência. Meios de efetivação da liminar. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fórum, n. 200, 1995, p. 319.

³⁰³ “As regras dos arts. 84 do CDC e 461 e 461-A do CPC são respostas do legislador à ideia de que tal direito fundamental exige que o juiz concentre poder para determinar a medida executiva necessária para dar efetividade à tutela jurisdicional, inclusive antecipatória. Tais regras, como já dito, instituem a possibilidade de o juiz determinar a medida executiva adequada ao caso concreto e, inclusive, variar o montante da multa necessário ao convencimento do demandado.” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 60.

³⁰⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 52-54.

Nessa ordem de ideias, entende-se que, como corolários dessa positividade dos direitos fundamentais, podem-se extrair, pelo menos, três princípios diretamente relacionados e aplicáveis à atividade jurisdicional, a saber: a) o juiz tem o poder-dever de negar a aplicação à lei infraconstitucional, na medida e na extensão em que se revele, no caso concreto, contrária a um direito fundamental, ou mesmo impondo-lhe limites; b) em toda sua atuação jurisdicional, a atividade hermenêutica do juiz submete-se ao princípio da interpretação conforme à Constituição, no seu duplo sentido de impor que a lei infraconstitucional seja sempre interpretada, em primeiro lugar, tendo em vista a sua compatibilização com a Constituição, e, em segundo lugar, de maneira a adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo; c) o juiz tem o poder-dever de, mesmo e principalmente no silêncio da lei, determinar as medidas que se revelem necessárias a melhor atender aos direitos fundamentais envolvidos na causa, a ele submetida. Por aí se pode avaliar o significado jurídico-normativo do enquadramento da efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental. Dentro dessa concepção, a defesa das garantias implícitas nesse direito fundamental passa a vincular, imediatamente, o juiz, impondo-lhe o respeito e a concretização dessas garantias, no caso concreto.

A referida cláusula de abertura ao princípio da tipicidade atribui ao magistrado o poder-dever de atuar de maneira efetiva. Para esse mister, cabe ao juiz analisar o caso concreto e adotar a medida necessária mais adequada para garantir a efetividade do provimento jurisdicional³⁰⁵.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 61.

O discurso de efetivação de direitos no plano teórico é, de fato, deslumbrante, afirma Guilherme Puchalski Teixeira³⁰⁶. No entanto, a tarefa do processualista é sair do plano teórico e buscar respostas concretas e factíveis, de modo que a atividade legislativa acompanhe a dinamicidade do direito a fim de munir os magistrados de instrumentos adequados para a satisfação de pretensões.

Como consequência da busca de efetividade no plano fático, uma questão emerge e consiste em saber qual o significado de “adequação”³⁰⁷ dentro da semântica adotada pelo texto normativo ao utilizar a expressão “medidas necessárias”³⁰⁸. A discussão, neste caso, salta do patamar técnico-processual e passa para o degrau da constitucionalidade de instrumentalização do provimento jurisdicional, isto em razão de serem duas normas de conteúdos amplamente abertos: 1) art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal; e 2) art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, que podem colidir com o que dispõe o art. 5º, inc. LXVII³⁰⁹, da Carta Magna.

Quanto à observância concreta do direito fundamental à tutela executiva garantida pelo rompimento do paradigma do princípio da tipicidade dos atos executivos, o debate atravessa o campo da

³⁰⁶ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 61.

³⁰⁷ “Nesse sentido, essas regras podem ser ditas abertas à concretização judicial. Ou seja, tais regras contêm a previsão de que o poder de execução deve ser concretizado conforme as circunstâncias do caso concreto. Reforço disso é a alusão expressa a “medidas necessárias” à execução, contida nos arts. 461, §5º, do CPC e 84, §5º, do CDC.” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 60.

³⁰⁸ “A lei, portanto, estabelece diversos mecanismos de que se pode servir o juiz, para atuação coercitiva das obrigações de fazer e não fazer, incluindo-se, evidentemente, a atuação da pretensão inibitória. Especificamente, coloca a regra à disposição do juiz a figura da *astreinte* e das chamadas *medidas necessárias* [Grifo do autor].” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 188.

³⁰⁹ “Art. 5º: [...] LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

fundamentação das normas, pois, conforme propõe Klaus Günther³¹⁰, a solução de um conflito de normas deve levar em consideração qual conteúdo normativo é mais relevante naquele caso concreto, ou seja, qual norma é de fato absoluta e deve ter sua aplicabilidade no plano prático.

Assim, o magistrado, ao atuar no seu ofício, acaba envolto em uma universalidade de normas jurídicas, não obstante o comando constitucional³¹¹ é o que determina o “poder-dever” de garantir a efetividade dos provimentos jurisdicionais, ainda que o Estado se omita em prever qual o instrumento adequado processual para a satisfação daquele determinado direito³¹². É, pois, na análise do concreto, que o juiz, ao se deparar com um conflito de normas, deve obedecer a determinadas barreiras constitucionais na sua atuação, ou seja, a discussão sai do campo da fundamentação da norma para a aplicação da norma mais adequada à resolução daquele litígio³¹³.

Na linha de raciocínio esposada por Sérgio Cruz Arenhart, percebe-se que a grande celeuma, escopo desta pesquisa, concerne a definir se com a ruptura do princípio da tipicidade dos atos executivos jurisdicionais a cláusula de abertura inserida pela expressão “medidas necessárias”, constante do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, comporta o uso da prisão civil como meio coercitivo³¹⁴ adequado para garantir a satisfação da tutela inibitória.

Sobre a questão, pugna-se pela inexistência de qualquer colisão entre o que dispõe os incisos XXXV e LXVII do art. 5º da Constituição Federal, isto em razão de serem duas normas jurídicas de níveis distintos³¹⁵, quer dizer: o conteúdo normativo do inc. XXXV é geral; o

³¹⁰ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 197.

³¹¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 54-55.

³¹² MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 63.

³¹³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 201.

³¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 208.

³¹⁵ “[...] há dois níveis distintos com os quais se pode operar quando há análise da generalidade de uma norma: em um deles distinguimos entre normas gerais e específicas e, no outro, entre universais e singulares. Somente o primeiro - normas gerais e específicas - refere-se ao problema de determinação das normas debatido neste caso. Em graus distintos, o conteúdo semântico de uma norma pode ser ou não específico a uma situação, dependendo de quão detalhada for a forma em que os possíveis sinais característicos da situação foram descritos, por

conteúdo normativo do inc. LXVII é específico, o que delimita uma regra específica para o uso do instituto da prisão pelo Estado. Adotando-se a teoria de Robert Alexy³¹⁶, o uso da prisão estaria restrito, exceto nas ressalvas expressas constitucionalmente previstas.

Da leitura do texto constitucional, extrai-se a afirmação principiológica de que é dever do Estado garantir a prestação efetiva da tutela jurisdicional. É, portanto, um princípio que norteia a função jurisdicional do Estado, de modo a permitir que a jurisdição brasileira utilize todos os meios possíveis para assegurar a efetiva prestação do direito material vilipendiado³¹⁷.

Por outro lado, é indiscutível que o conteúdo normativo do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal alude a uma regra. Conforme o pensamento de Robert Alexy³¹⁸, a norma de conteúdo regulatório é o limite para a realização de um princípio, pois expõe de maneira clara e determinada que no Estado brasileiro não haverá prisão civil por dívida, excetuados dois casos: devedor de alimentos e depositário infiel. Em rigor, o ordenamento não faz qualquer menção a casos de atos ilícitos ou, ainda, como instrumento de coerção estatal.

Com base nessa distinção qualitativa entre princípios e regras, tem-se que as regras podem ser vistas como parâmetros para a observância e aplicação dos princípios, de modo que regras podem restringir³¹⁹ princípios. Dessa maneira, havendo uma situação concreta em que se possa concluir que um princípio não pode ser satisfeito integralmente em razão de determinada regra que o restringe, deve prevalecer a aplicação da regra com a máxima efetividade possível do conteúdo normativo principiológico³²⁰.

meio dos termos utilizados na norma. A distinção entre uma norma geral e específica é, portanto, apenas de grau.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 12.

³¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

³¹⁷ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, portanto, mandamentos de otimização [...]” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90.

³¹⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 91.

³¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 277.

³²⁰ “É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que vale uma *regra* de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de se saber o quão

Os princípios são considerados normas *prima facie*³²¹ e podem ser restritos por posições jurídicas que colocam parâmetros na aplicação dos princípios³²², no caso, como visto, portanto, as regras³²³. Dentro dessa lógica, chega-se a conclusão de que a “Técnica da Ponderação”, para o cumprimento do núcleo essencial do conteúdo normativo do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal estaria restrita pelo conteúdo normativo da regra contida no inciso LXVII do mesmo dispositivo constitucional³²⁴. Isto com base no entendimento de que a regra “da não prisão civil”³²⁵ é o limite para o exercício da função jurisdicional.

importante é a realização de *P* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) não vale estritamente. Isso significa que vale um *princípio* de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* sugere ou restrinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, pois isso faria com que *P* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma questão de relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que materialmente sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R* [Grifo do autor]”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90-91, nota de rodapé n. 24.

³²¹ Como visto no capítulo anterior, normas *prima facie* não são consideradas absolutas, de modo que seus respectivos conteúdos jurídicos podem ser limitados. Robert Alexy, quando desenvolve sua Teoria dos Direitos Fundamentais e cria a técnica da ponderação dos princípios constitucionais, tem por objetivo analisar as questões dentro de um aspecto jurídico abstrato, de tal sorte que todos os conflitos normativos no patamar constitucional devem ser resolvidos com as restrições devidamente positivadas em lei. Nesta situação, caberá ao juiz, no momento de solucionar um determinado conflito em que se discutam questões constitucionais, tão somente que o faça com base no dogma positivista, ou seja, deverá o magistrado ponderar o caso concreto apenas ancorado nas restrições legais adstritas aos princípios por meio de regras.

³²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 279.

³²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 103-104.

³²⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 281.

³²⁵ Para tornar a explicação mais didática, usar-se-á a expressão regra “da(a) não prisão civil” a fim de representar o conteúdo programático contra atos de prisão que não sejam de conteúdo sancionatório criminal. Ou seja, a regra da não prisão é tratada, aqui, como elemento do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto que foi previsto em convenções internacionais sobre direitos humanos.

Esse raciocínio é consubstanciado em Robert Alexy, para quem uma regra³²⁶ deve limitar a atuação dos princípios de direitos fundamentais em todas as circunstâncias que se encaixarem os fatos naquele determinado conteúdo normativo³²⁷. No entanto, tal raciocínio, em diversas circunstâncias, pode dar ensejo à falta de efetividade dos provimentos jurisdicionais.

Para solucionar a questão, Klaus Günther³²⁸ propõe que os conflitos normativos devem ser resolvidos em conformidade com a aplicação da norma mais adequada ao caso concreto e isto requer a análise de todas as circunstâncias relevantes *in casu*, sejam elas de ordem fática ou jurídicas, pois somente munido de todas essas informações é que o intérprete poderá tomar a melhor decisão³²⁹. Em suma, com uma descrição completa da situação, o intérprete poderá

³²⁶ “Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 106. Dentro dessa lógica, tem-se, portanto, que o conteúdo descrito no inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal demonstra claramente as hipóteses em que a regra “da não prisão civil” não possui validade e, consequentemente, pode ser aplicada. De todo modo, como a arquitetura jurídica do Estado brasileiro é bastante complexa, o ordenamento, ainda, excluiu uma das cláusulas de exceção com a edição da Súmula Vinculante n. 25.

³²⁷ “Da mesma forma, todos eles observaram que o recorte situacional destacado como relevante na primeira linha de argumentação é determinado por aquelas normas *prima facie* aplicadas sob circunstâncias inalteradas. No esquema de Toulmin foi possível mostrar que a relevância dos dados selecionados se orienta segundo o pleito que o proponente pretende fundamentar e segundo a regra conclusiva em que ele se baseará para isso. Com a seleção de determinados dados como razões (D), para um pleito carecedor de justificação (C), faz-se implicitamente também a ponderação por uma determinada regra conclusiva (W) que permitirá a passagem de D para C. O proponente pode, para tanto, reportar-se à regra de consistência semântica, segundo a qual uma norma válida sob circunstâncias inalteradas deve ser aplicada a cada situação em que estas mesmas circunstâncias estiverem presentes.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 217-218.

³²⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 242.

³²⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 55.

determinar com clareza as razões que devem ser consideradas para justificar a aplicação da norma mais adequada³³⁰.

Para a interpretação mais adequada do conflito normativo não devem ser cravadas diferenciações num plano abstrato em relação às normas, mas sim proceder à análise e às diferenciações num plano concreto³³¹, invocando: a) normas fortes ou “absolutas”, ou seja, normas de observação obrigatória; b) normas fracas ou *prima facie*, normas que podem ser relativizadas³³².

Em suma, só a análise do caso concreto, contemplando todas as circunstâncias fáticas ou jurídicas, dará o substrato para se definir em qual classificação a norma se enquadra, qual é a mais adequada e, portanto, a que deve ser aplicada³³³.

³³⁰ “O Direito surge porque determinadas expectativas são selecionadas e postas sob a proteção da tramitação da decepção normativa. Apenas no momento em que uma determinada quantidade de expectativas for generalizada temporal, social e objetivamente, formando um *corpus* de normas, será possível falar de uma estrutura passível de ser considerada jurídica. O caráter seletivo do Direito, como estrutura de sistemas sociais, é desenvolvido por Luhmann nas três dimensões constitutivas para sistemas de sentido: temporal, social e objetiva. Na dimensão temporal, trata-se da variabilidade da estrutura seletiva do Direito na relação com outras expectativas normativas. Nesse sentido, para que o Direito surja, será necessário que determinadas expectativas sejam caracterizadas com uma qualidade de dever coativo (*Sollqualität*), isto é, sejam fixadas em relação à postura de não aprender, e que sejam colocados à disposição mecanismos, como atribuições de culpa e sanções, para tramitar a decepção. Somente então é que expectativas poderão perdurar, passando por diversos casos de decepção diferenciados temporalmente. Na dimensão social, trata-se da seleção daquelas expectativas condensadas em uma estrutura seletiva do Direito. Não entra em questão, para este fim, qualquer expectativa que se tenha privadamente ou que seja casualmente compartilhada em um pequeno grupo, mas sim, apenas aquelas expectativas que puderem apoiar-se, no sentido de um outro generalizado, na posição de um terceiro neutro. [...] Na dimensão objetiva, trata-se da condensação, em termos de conteúdo, das expectativas selecionadas, em um sistema de sentido inidentificável. Será apenas desse modo que expectativas de comportamento poderão ser realmente estabilizadas.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 249-250.

³³¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 199.

³³² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 199.

³³³ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 199.

No que tange à questão da falta de efetividade das decisões judiciais aqui analisada, destaca-se como norma absoluta o que dispõe o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal e como norma *prima facie* a disciplina do inc. LXVII do mesmo dispositivo constitucional. Nessa perspectiva, cumpre observar o que é mais adequado para a garantia do provimento jurisdicional efetivo³³⁴: uma regra que delimita de modo determinado o não uso da prisão por dívida ou o uso da prisão como instrumento de coerção para a satisfação de tutelas específicas com base na expressão “medidas necessárias” constante do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil?³³⁵

A indagação se justifica, como visto anteriormente, pelo fato de o conteúdo do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil representar a materialização infraconstitucional do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, no plano instrumental tratado pelo princípio da efetividade.

Pela ótica da igualdade na aplicação do direito, pode-se concluir que, por uma questão de equidade³³⁶, o disposto no inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal não incide no caso de réu descumpridor de medida judicial³³⁷. Na hipótese, o juiz, ao analisar todas as circunstâncias do caso concreto, poderia optar por uma medida que de fato influenciasse na vontade do réu e assim garantir a satisfação do direito em espécie.

³³⁴ “Com o conceito moral de direitos iguais de cada um individualmente, em termos de vida e de liberdade, bem como de participação no bem-estar social, é possível transcender a validade factual de normas, em uma determinada sociedade, e o princípio da igualdade de aplicação do direito, que está ligado a essa sociedade. Normas, leis, ações e procedimentos necessitam, por sua vez, legitimar-se diante do fórum desses direitos fundamentais e não mais apenas dentro do contexto articular de uma determinada sociedade. Isso, porém, não se aplica somente à fundamentação de normas e de procedimentos, mas igualmente à sua aplicação. Tão logo a aplicação de norma fundamentada ameace, em uma situação especial, violar direitos desse tipo, ela necessitará ser revista, para este caso, ou revogada. Já não será somente a aplicação igual de uma norma a todos destinatários que garantirá a igualdade (de aplicação do direito), contudo serão a própria norma e a sua aplicação que deverão proteger ou promover os direitos iguais de todos.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 124.

³³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 208.

³³⁶ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. VII (prefácio).

³³⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 208.

Nessa circunstância, a justificação para uso da prisão como instrumento coercitivo se respalda na relação existente entre igualdade e equidade³³⁸, como garante, em termos práticos, do conceito de justiça³³⁹. Argumentação³⁴⁰, nesse sentido, afasta o dispositivo constitucional restritivo ao uso da prisão justamente por se tratar de norma *prima facie*^{341,342}.

³³⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 124.

³³⁹ “Está superada e completamente afastada a noção de que a antiga tutela formal dos direitos seria resultado satisfatório da atividade da jurisdição. Para que essa atividade estatal se realize em plenitude (vale dizer, para que o Estado-juiz cumpra seu papel na sociedade), é necessário que ao seu resultado formal se acrescente a aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil. Ao contrário, isto é, sem que possa promover um processo efetivo, haverá o rompimento da garantia constitucional do acesso à justiça, pois o direito ao processo quer dizer, nada mais, nada menos, que direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.” TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 61.

³⁴⁰ “O senso de justiça se desvincula da obediência diante da autoridade e se orienta pelo princípio da igualdade. O restabelecimento e o prosseguimento da reciprocidade, no entanto, não pode ser combinado com um conceito mecânico de igualdade. Igualdade em relações cooperativas exige o reconhecimento de diferenças individuais. A própria justiça prossegue ‘em um caminho inteiramente autônomo naquela forma mais elevada da reciprocidade, a equidade, cuja relação não se baseia na pura igualdade, todavia na situação real de cada indivíduo’. Igualdade e reciprocidade forcem, desse modo, a equidade como estágio máximo dos juízos morais. Cooperação real só surge quando forem considerados todos os sinais característicos especiais da totalidade dos participantes de uma situação.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 110.

³⁴¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral:** justificação e aplicação, p. 126.

³⁴² A título de exemplo de entendimento jurisprudencial, é interessante citar os seguintes precedentes: 1) RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. MS com liminar n. 2012.014913-4. Relator Desembargador Virgílio Macêdo Jr. Natal, RN. Julgado em 28/01/2013. Neste caso, o relator admitiu a possibilidade de uso de quaisquer medidas necessárias para o cumprimento de um provimento jurisdicional com base no §5º do art. 461 do CPC. No entanto, construiu o uso da prisão sob o aspecto penal, com base no art. 330 do CP, por ser mais segura a fundamentação; 2) SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AI n. 416.598/0-00, Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, SP. Julgado em 25/09/2005. Nesta situação, o magistrado

A ruptura do princípio da tipicidade trazida pelo §5º do art. 461 do Código de Processo Civil tem o escopo de estruturar, em termos infraconstitucionais, instrumentos hábeis o suficiente para a garantia da observância concreta do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, o que, portanto, permite ao magistrado, em determinadas situações do caso concreto, usar a prisão para tornar efetivo o provimento jurisdicional³⁴³, não havendo instrumento mais adequado³⁴⁴.

Ademais, por uma questão de equidade, o descumpridor da ordem judicial não pode clamar pela prerrogativa do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, vez que a aplicação das normas jurídicas devem levar em consideração critérios deontológicos, sem o que não será possível atender as finalidades úteis pensadas pelo legislador³⁴⁵.

entendeu ser cabível o uso da prisão com base no §5º do art. 461 do CPC, no entanto, deixou de aplicá-la em razão de circunstâncias as quais, naquele momento, ainda não era possível determinar a medida de coerção pessoal; 3) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AReg n. 7000302176-3, Primeira Câmara Especial Cível. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento. Porto Alegre, RS. Julgado em 27/03/2002. Nesta situação, em caso semelhante ao primeiro exemplo julgado pelo Tribunal potiguar, o relator entende cabível a coerção pessoal, no entanto, fundamenta sua decisão com base no art. 330 do CP, com a necessidade do flagrante para que a prisão possa ser efetivada.

³⁴³ “Quanto à prisão para cumprimento de ordem judicial, não tem este caráter obrigacional. Ao contrário, deriva do *imperium* estatal e tem por fim desguardar a dignidade da justiça. Enfim, encontra apoio na regra do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, no que pertine à garantia de um provimento jurisdicional útil. Isto porque, em tese, pode haver situações em que a única forma de se obter o provimento jurisdicional capaz de ser eficaz no caso concreto será contando com a colaboração do réu (sujeito a uma ordem judicial); e, também, não é difícil imaginar hipóteses (especialmente em sede de tutela inibitória) em que a imposição de *astreintes* ou outra medida de apoio que não a prisão civil, seja totalmente inadequada para garantir o cumprimento da determinação. Para estes casos, então, será legítima a imposição de prisão civil como meio coercitivo, sem que se vislumbre qualquer óbice a isto na regra constitucional do art. 5º, LXVII (ou mesmo nos textos das convenções inicialmente mencionadas).” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 212.

³⁴⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 167.

³⁴⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**, p. 206.

3.2.2.2 Os meios coercitivos no direito processual civil brasileiro

O conceito de tutela executiva, como mencionado antes, comporta o conceito de tutela mandamental, de modo que é considerada executiva toda tutela cuja prestação dependa de um ato de império por parte do Estado, seja este ato praticado diretamente na esfera jurídica do réu ou indiretamente por meio de medidas coercitivas³⁴⁶.

O exercício da técnica executiva indireta pelo magistrado, portanto, pauta-se em duas hipóteses, conforme demonstra o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil³⁴⁷: multa (*astreinte*) ou, como propõe Sérgio Cruz Arenhart³⁴⁸, prisão, com esteio na expressão “medidas necessárias”, nos termos da redação do mesmo dispositivo do diploma processual civil, que sugere a compatibilidade jurídica do uso da prisão como medida necessária para a satisfação do direito pretendido.

3.2.2.2.1 Da coerção pecuniária

Coerção pecuniária ou multa alude ao uso de pressão na esfera patrimonial do réu, de modo a coagi-lo a satisfazer o direito pleiteado, sob pena de ser sujeito de sanção pecuniária em resposta ao descumprimento da ordem judicial³⁴⁹.

No sistema processual brasileiro, a multa é interpretada como medida coercitiva, isto em razão de o seu valor não poder ser confundido com qualquer montante devido ao autor da demanda a título de perdas e danos³⁵⁰. Essa lógica é interpretada no sentido de que o escopo da multa é garantir a prestação do direito pleiteado, que não pode

³⁴⁶ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, 2004, p. 274.

³⁴⁷ “Art. 461. [...]: § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, **determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa** por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial [Grifo nosso].” BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 213-214.

³⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 192.

³⁵⁰ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 188.

ser confundida com valor de indenização, caso o adimplemento da pretensão não ocorra na modalidade *in natura*³⁵¹.

Nessa linha, pode o titular do direito cumular o valor da multa e o da indenização por perdas e danos, caso se mostre impossível ou inútil a prestação da tutela específica³⁵².

A multa, portanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é instrumento hábil e eficaz à efetividade das decisões judiciais, ou seja, é instrumento de coerção³⁵³. O instituto, porém, deve ser analisado, conforme a adequação ao caso concreto, ou seja, caberá ao magistrado verificar se, naquela situação fática³⁵⁴, a multa (*astreinte*) é compatível com o direito pretendido em juízo³⁵⁵.

Reitera-se, quanto à multa, como mecanismo para garantir a satisfação de pretensões jurídicas por meio do exercício da tutela executiva indireta, o seu valor em nada se confunde com o direito pretendido em juízo. Além disso, por ser mecanismo de efetivação de decisão judicial, a multa está intimamente atrelada ao exercício da função jurisdicional³⁵⁶, devendo o juiz, ao cominá-la, analisar o caso concreto, a fim de estabelecer o valor em patamar compatível o

³⁵¹ “Não se há de confundir a figura da *astreinte* com a indenização do dano. Não é esta medida uma forma de indenização arbitrada judicialmente. Ao contrário, tem a *astreinte* a função própria e específica de agregar coerção à ordem judicial, significando mera potencialidade de prejuízo; ao contrário, a indenização é, por sua essência, a recomposição do patrimônio de alguém, às custas do patrimônio de outrem. [...] A própria função e o regime destas duas figuras são diametralmente diversos. Enquanto uma visa à recomposição do *status quo ante*, mediante a recomposição do patrimônio jurídico de alguém, a outra medida tem por escopo servir como instrumento para o cumprimento de ordens judiciais.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 193.

³⁵² “Por outro lado, o art. 461, § 2º, do CPC autoriza, em caso de obrigação de fazer que se tornou impossível, a cumulação da multa cominatória do art. 287 do CPC com a indenização por perdas e danos, o que é suficiente para concluir que essa cumulação também é admissível em caso de obrigação de entrega que se tornou impossível, haja vista o disposto no art. 461-A, § 3º, do CPC.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0074326-48.2001.8.26.0000**, 34ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Nestor Duarte. São Paulo, SP. Julgado em 24.10.2011.

³⁵³ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 189.

³⁵⁴ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**, p. 265.

³⁵⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 191.

³⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 194.

suficiente para atuar na vontade do réu³⁵⁷ e garantir a concretização do direito buscado em juízo.

Não se pode deixar de mencionar que, em algumas situações, o valor fixado pelo magistrado a título de multa pelo descumprimento da ordem judicial não é a medida exata para constranger o réu. A multa, por não possuir um caráter punitivo, poderá ser instrumentalizada, atenuando-se ou agravando-se as suas circunstâncias, com o propósito de obter o resultado prático pretendido acaso o devedor tivesse prestado o direito voluntariamente³⁵⁸. Nesta situação, pode o juiz alterar o valor da multa com o fito de atuar de maneira mais satisfativa na vontade do réu, coagindo-o a cumprir o preceito jurisdicional estabelecido³⁵⁹.

Dessas lições, extrai-se que a multa, instrumento de coerção típico, considerando que o uso da prisão em nosso sistema é restrito aos casos de inadimplemento de prestações alimentícias³⁶⁰, deve ser fixada no patamar exato a fim que possa garantir, de fato, a efetividade das decisões judiciais³⁶¹. Não é por outra razão que a lei³⁶² faculta ao magistrado alterar, de ofício, o valor da multa. Em suma, a prerrogativa dada ao magistrado tem o condão de demonstrar que o verdadeiro lesado, com o não cumprimento da decisão judicial, é o próprio Estado, por isso possibilita que o instrumento executivo de coerção possa ser mais bem adequado e consoante as necessidades do caso concreto³⁶³.

³⁵⁷ “Esse caráter impõe um limite *lógico*, antes que jurídico, à aplicação de medidas dessa natureza, a saber: a sua real aptidão para pressionar a vontade do devedor, de modo a induzi-lo a cumprir a obrigação. Aplicar medida coercitiva sem que exista essa aptidão seria descaracterizá-la como tal, transformando-a em verdadeira medida *punitiva* [Grifo do autor].” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 191.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 227.

³⁵⁹ CARMONA, Carlos Alberto. O processo de execução depois da reforma. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 80, 1995, p. 20.

³⁶⁰ A prisão dentro da ordem jurídica brasileira só pode ser usada como instrumento de coerção nos casos de devedores de alimentos em razão da análise do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal com a Súmula Vinculante n. 25.

³⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 197.

³⁶² “Art. 461. [...] § 6º: O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

³⁶³ “Na verdade, tomando-se em consideração a natureza da multa, é fácil perceber que sua fixação é feita sempre em caráter provisório, exatamente porque ela tem por fim apenas garantir a efetividade da tutela jurisdicional, e não um direito de crédito em favor do autor ou um direito de não pagar uma

3.2.2.2.2 *Da coerção pessoal: a prisão como medida necessária para o cumprimento das decisões judiciais*

Dentro da ordem posta (constitucional e infraconstitucional), a possibilidade jurídica do uso da prisão como instrumento de coerção para o cumprimento de decisões judiciais³⁶⁴ emerge como importante questão, haja vista a alteração do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil³⁶⁵, trazida pela Lei n. 8.952/1994, ao permitir ao juiz, com base na quebra do paradigma da tipicidade dos atos executivos³⁶⁶, ou, como também propõe Marcelo Lima Guerra³⁶⁷, a nova disciplina autoriza usar o expediente da prisão³⁶⁸, dentro do invólucro das “medidas necessárias”, como meio executivo hábil para garantir a efetividade material da decisão judicial emanada.

A questão de fato é complexa, pois o comando constitucional é claro ao firmar que o uso da prisão no âmbito civil só pode ocorrer em duas hipóteses, uma delas já cerceada pela Súmula Vinculante n. 25³⁶⁹, com fundamento no Pacto de São José da Costa Rica.

A complexidade da matéria alude ao fato de que há preceito constitucional, como o art. 5º, que determina que deve existir um “processo justo efetivo e adequado”³⁷⁰, enquanto outro comando do mesmo dispositivo constitucional restringe um instrumento a ser usado pelo Estado para dar cumprimento as decisões judiciais.

multa superior a ‘x’ por parte do réu.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 227.

³⁶⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 208.

³⁶⁵ “Como se vê, esta norma, ao conferir ao juiz um amplo poder para a determinação das modalidades executivas adequadas às diversas situações conflitivas concretas, quebra o *princípio da tipicidade das formas executivas* [Grifo do autor].” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 228.

³⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 230.

³⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 203.

³⁶⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 242.

³⁶⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 244.

³⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 88.

Luiz Guilherme Marinoni³⁷¹, a propósito, assinala que o art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal é a garantia de que uma pessoa não será privada de sua liberdade em razão de uma dívida pecuniária. Mas essa inferência é distinta da questão posta: demonstrar que a prisão como instrumento coercitivo pode ser utilizada nos casos em que a prestação de um direito não pecuniário³⁷² é resistido pelo réu após a determinação de seu adimplemento por ordem judicial, ou seja, o que se busca é usar o instrumento da coerção pessoal para garantir maior satisfatividade³⁷³ das decisões judiciais e, consequentemente, maior prestígio do exercício da função jurisdicional³⁷⁴.

A questão é de índole constitucional: enquanto o art. 5º, inc. XXXV, determina que caberá ao Poder Judiciário resolver os conflitos sociais³⁷⁵, inclusive no sentido de evitar que direitos sejam lesados por meio da tutela inibitória³⁷⁶, o inc. LXVII do mesmo dispositivo cria uma

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 233.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 235.

³⁷³ “A exigência de efetividade da tutela jurisdicional não se limita a assegurar a mera possibilidade *abstracta* da prestação jurisdicional, mas dirige-se, ao contrário, à garantia da utilidade e qualidade *concretas* da tutela prestada. Dessa forma, sempre que através da imposição de medidas coercitivas se possa satisfazer o direito do credor de modo mais efetivo (menos custoso, menos sacrificado) do que através de meios sub-rogatórios, a garantia fundamental e inafastável da efetividade impõe ao juiz que opte pela primeira alternativa. Esses são, portanto, os fatores que justificariam a opção do órgão jurisdicional pela *execução indireta* de obrigação de fazer fungível [Grifo do autor].” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 252.

³⁷⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 206.

³⁷⁵ “Há muito mais que uma mera opção terminológica em referir-se à efetividade da tutela jurisdicional como um *direito fundamental*. É que, assim, todas as garantias processuais já reconhecidas em doutrina e nos principais ordenamentos jurídicos (principalmente no plano constitucional) como relacionadas à efetividade da tutela jurisdicional passam a gozar de regime e força jurídicos especiais próprios dos direitos fundamentais. A diferença, portanto, está precisamente, no diverso *status*, ou melhor, na maior *força jurídica* que adquirem essas garantias, ao serem caracterizadas como direito fundamental, pois a defesa delas passa a vincular, imediatamente, o juiz, impondo-lhe o respeito e a concretização dessas garantias, independentemente e mesmo *contra a lei* [Grifo do autor].” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 248.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 36.

regra restringindo a atuação estatal no intuito de impedir o uso do instituto da prisão no âmbito não criminal³⁷⁷.

Com base na “Teoria da Adequação”, vislumbra-se, sim, a possibilidade de uso da prisão como instrumento coercitivo, isto porque, em determinados casos, o meio mais adequado³⁷⁸ para garantir o cumprimento de uma decisão judicial e consequentemente a observância do direito fundamental à tutela executiva é justamente a coerção pessoal – prisão – do réu³⁷⁹. O raciocínio se funda no fato de que a regra prevista no inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal não pode limitar a atuação estatal e, portanto, não se aplica. Em rigor, o que está em jogo na hipótese de descumprimento de uma decisão judicial é a credibilidade do Estado como pacificador social³⁸⁰, visto que seria incoerente restringir a atuação estatal ao exercício da função jurisdicional.

Portanto, a cláusula de abertura inserida pelo §5º do art. 461 do Código de Processo Civil permite o uso da prisão como instrumento de efetivação das decisões judiciais, inclusive *de ofício*, pois dentro de um texto normativo não existem palavras sem sentido³⁸¹. Isso permite inferir que a restrição de prisão por dívida prevista no comando constitucional é a dívida pecuniária³⁸², fato que revela toda a essência

³⁷⁷ “Relega-se a ‘prisão civil’ – a constrição de liberdade como medida processual civil coercitiva, meio de ‘execução indireta’ – à excepcionalidade. Fora da exceção estabelecida no próprio dispositivo constitucional, a prisão só poderá ser utilizada como ‘pena’ propriamente dita, sanção para condutas tipificadas como crimes (ou, quando menos, ‘transgressões militares’ – art. 5º, LXI) – e desde que observadas todas as garantias constitucionais penais e processuais penais (art. 5º, XXXIX, LX, XLV, LII, LIV, LV, LVII, LXI, LXV, LXVI etc.)” TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e pena e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 92, 1998, p. 38.

³⁷⁸ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 223.

³⁷⁹ TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e pena e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 92, 1998, p. 37.

³⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, 2011, p. 222.

³⁸¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 211-212.

³⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 233.

estatal do comando constitucional e possibilita a configuração do referido dispositivo legal como norma de ordem pública.

O descumprimento de uma decisão judicial, bem sabemos, é um atentado contra a ordem estatal, situação esta regulada pelo legislador ordinário no parágrafo único do art. 14 do Código de Processo Civil³⁸³.

Portanto, a fim de garantir a máxima efetividade do direito fundamental à tutela executiva, pode o juiz dispor de instrumentos de coerção pessoal com o objetivo de efetivar, no mundo fático, a decisão emanada³⁸⁴. Mesmo deixando assentado que o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil permite ao magistrado o uso da prisão como medida coercitiva, há a necessidade de se demonstrar as razões que levaram o comando da Súmula Vinculante n. 25 não ter aplicação nessas situações e, além disso, estabelecer critérios para o uso de tal ferramenta para efetivação das decisões judiciais.

³⁸³ VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 348.

³⁸⁴ “A interpretação do inc. LXVII do art. 5º da CF, que entende dívida em sentido estrito e, portanto, as exceções à prisão civil como *numerus apertus* (quanto às obrigações não pecuniárias, obviamente), guarda maior coerência com a moderna teoria dos direitos fundamentais e com os cânones da interpretação especificamente constitucional. Sendo assim, é razoável entender-se que o §5º do art. 461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão de devedor de obrigação não pecuniária, como medida destinada a compeli-lo a adimplir, sempre que essa medida se revele *a mais adequada* ao caso concreto [Grifo do autor].”

4. O INSTITUTO DA PRISÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Na ordem jurídica brasileira, é bem conhecida a restrição ao uso do instituto da prisão fora da seara penal³⁸⁵, ou seja, o ordenamento constitucional posto cria uma regra que limita a atuação do poder estatal no que toca à privação da liberdade das pessoas, ressalvadas as hipóteses³⁸⁶ de: a) devedor de prestação alimentícia; e b) depositário infiel³⁸⁷.

³⁸⁵ “A Constituição brasileira de 1988 (CF), na esteira das Constituições de 1934, 1946 e 167/69, positivou expressamente norma proibitiva da prisão civil por dívida, como disposto no inc. LXVII do art. 5º, ressaltando, todavia, duas hipóteses de cabimento da prisão civil.” SARLET, Ingo Wolfgang; PETTERLE, Selma Rodrigues. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectiva em face da recente orientação adotada pelo STF. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 174-175.

³⁸⁶ DINIZ, Gustavo Saad. Prisão civil e sua interpretação atual. **Revista Consulex**. Brasília, Consulex, janeiro/dezembro 2000, p. 153.

³⁸⁷ A prisão do depositário infiel, no entanto, não é mais cabível na ordem jurídica brasileira em razão da edição da Súmula Vinculante n. 25. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência brasileira: “RECURSO. Extraordinário. Prisão Civil. Inadmissibilidade reconhecida pelo acórdão impugnado. Depositário infiel. Questão da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que prevêm a prisão. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade das normas que dispõem sobre a prisão civil de depositário infiel.”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 562051 – RG. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF. Julgado em 14/04/2008; “DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 59634**, Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 24/03/2009. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI n. 609054**, Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 03/04/2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 96772**, Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgado em 09/06/2009, nessa situação, tratando do depositário judicial.

A restrição do uso da prisão civil não é uma inovação da ordem constitucional em vigor, vez que a Constituição de 1946³⁸⁸, a Constituição de 1967³⁸⁹ e a Emenda Constitucional n. 01/69³⁹⁰ também limitavam o instituto da prisão civil com as mesmas ressalvas.

Na história constitucional brasileira, importa destacar que enquanto a Constituição de 1934 vedava completamente o uso da prisão civil³⁹¹ a Carta Magna de 1937 não fazia qualquer restrição ao instituto³⁹².

³⁸⁸ “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁸⁹ “Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §17 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁹⁰ Texto idêntico ao da Constituição de 1967 foi previsto na Emenda Constitucional n. 01/69, em seu art. 153, §17. BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_antec1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁹¹ “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

Pois bem, doravante, passa-se a analisar o que dispõe o inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, de modo a verificar o que representa a limitação constitucional da prisão civil, principalmente a interpretação dada ao dispositivo em questão pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que culminou com a edição da Súmula Vinculante n. 25, diga-se, por forte influência da Convenção Americana de Direitos Humanos.

4.1 O INCISO LXVII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A PROIBIÇÃO DA PRISÃO CIVIL EM CONFORMIDADE COM O PACTO DE SÃO JOSE DA COSTA RICA

No julgamento do RE n. 466.343-1/SP, o STF reconheceu o caráter especial dos tratados internacionais de direitos humanos. Por conseguinte, a recepção de diplomas supranacionais no ordenamento pátrio tem o condão de suspender a eficácia jurídica de qualquer ato normativo conflitante em relação ao tratado internalizado pelo procedimento de ratificação previsto na Constituição Federal³⁹³.

Nessa ótica, a regra estabelecida no art. 7º, item 7, do Pacto de São José da Costa Rica³⁹⁴, ratificada no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 678/1992, restringe o uso da prisão civil por dívidas em todas as hipóteses³⁹⁵, exceção feita unicamente ao devedor de alimentos.

³⁹³ “Portanto, **diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos**, não é difícil entender que a **sua internalização no ordenamento jurídico**, por meio de procedimento de ratificação previsto na Constituição, **tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante** [Grifo do autor].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

³⁹⁴ “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal: [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” BRASIL, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁹⁵ RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo

No que toca ao instituto da prisão civil previsto no inc. LXVII do art. 5º da ordem constitucional em vigor, é importante distinguir as ressalvas comandadas pelo legislador originário. De um lado, a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, medida de caráter coercitivo³⁹⁶, de outro, a possibilidade de prisão de depositário infiel, medida de caráter sancionatório, cabível na hipótese de coerção pessoal caso o depositário não entregasse a coisa depositada ou não a restituísse por outra equivalente.

Para Marcelo Lima Guerra³⁹⁷, a ressalva de prisão do depositário infiel revela um claro caráter punitivo.

O Pacto de São José da Costa Rica, lastreado pelo comando do §2º do art. 5º da Constituição Federal, conflita com o disposto no inc. LXVII do mesmo dispositivo constitucional. Entretanto, a Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466-343/1-SP, pacificou a questão, ao consignar que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem caráter especial – supralegal³⁹⁸ – e, portanto, sobrepoem-se aos preceitos constitucionais contrários ao seu conteúdo, ou seja, suspende a eficácia jurídica de qualquer ato normativo contrário a tratado internacional³⁹⁹ que o Brasil seja signatário.

A transferência dessa determinação do STF para o objeto deste estudo permite inferir que a parte final do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, no que tange à possibilidade de prisão do depositário infiel, possui sua eficácia jurídica paralisada⁴⁰⁰.

Pacto de São José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 756, 1998, p. 37.

³⁹⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 214.

³⁹⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 36.

³⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

³⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; PETTERLE, Selma Rodrigues. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectiva em face da recente orientação adotada pelo STF. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 186.

⁴⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

Agora, para bem compreender o instituto da prisão civil descrito no inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, nas seções seguintes, passa-se a analisar cada ressalva de prisão civil mencionada pela regra⁴⁰¹ constitucional.

4.1.1 A prisão do devedor de prestação alimentícia

A prisão do devedor de alimentos está prevista na legislação infraconstitucional, no art. 733, § 1º, do Código de Processo Civil⁴⁰². O instituto, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁴⁰³, só pode ser utilizado no caso da chamada dívida nova e as prestações vencidas há mais de três meses só poderão ser adimplidas por meio das vias expropriatórias⁴⁰⁴.

A prisão civil, inclusive no âmbito de prestações alimentícias, também é medida restrita, de modo que somente parcela da dívida alimentar é passível de ser cobrada mediante coerção pessoal, conforme dispõe a Súmula n. 309 do STJ.

Além disso, a prisão civil do devedor de alimentos somente é cabível nos casos em que o devedor possui condições de adimplir o

⁴⁰¹ Robert Alexy expõe que os princípios são “mandamentos de otimização”, os quais podem ser satisfeitos em diferentes graus, enquanto as regras são normas jurídicas que ou são integralmente satisfeitas ou não são satisfeitas. Em suma, regras são, portanto, determinações. O que representa, como exposto pelo autor alemão, uma diferença qualitativa dos tipos de normas jurídicas: princípios e regras. (**Teoria dos direitos fundamentais**, p. 90-91).

⁴⁰² “Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.” BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴⁰³ Súmula 309 do STJ: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”. BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 309**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0309.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴⁰⁴ ASSIS, Araken de. **Manual de execução civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1.056.

débito, ou seja, somente no caso de inadimplemento “voluntário e inescusável”⁴⁰⁵.

A execução de prestação alimentícia é claramente uma obrigação de pagar, a qual, não fosse a ressalva constitucional, não poderia ser utilizado o instituto da prisão por se caracterizar claramente como uma dívida. No entanto, diante da excepcionalidade do caráter da dívida alimentar, foi necessário que o ordenamento previsse meios executivos mais adequados para garantir o adimplemento voluntário das prestações alimentícias⁴⁰⁶ e, conseqüentemente, assegurar a máxima efetividade do comando descrito no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, reconhecido, neste estudo, como um de seus subprodutos: o direito fundamental à tutela executiva adequada⁴⁰⁷.

O reconhecimento do caráter especial do crédito alimentício é o que justifica o uso da coerção pessoal como instrumento de medida coercitiva adequada para o adimplemento daqueles valores essenciais para a manutenção da vida de um ser humano⁴⁰⁸.

Nesse contexto, entende-se que o uso da prisão para adimplemento de verbas alimentares deve ser realizado prioritariamente em relação ao procedimento executivo por quantia certa, descrito no art. 646 e seguintes do Código de Processo Civil⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e pena e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 92, 1998, p. 47-48.

⁴⁰⁶ “Com efeito, consistindo a prestação alimentícia em uma *obrigação de dar quantia certa em dinheiro*, a sua tutela executiva deveria ser prestada, em princípio, através da execução por quantia certa. No entanto, a peculiaridade dos créditos alimentares justifica, e até mesmo impõe ao legislador, a utilização de meios executivos *diferenciados*, aptos a uma satisfação mais pronta e eficaz desses direitos, o que não ocorreria pelo caminho do complexo e demorado procedimento executivo disciplinado nos arts. 646 e ss do CPC. Por isso mesmo, tanto no CPC como na Lei de Alimentos foram criados meios executivos específicos para a tutela executiva das prestações alimentícias [Grifo do autor].” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 215.

⁴⁰⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 53.

⁴⁰⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Ainda os alimentos e prisão civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 24, 1982, p. 159.

⁴⁰⁹ “A doutrina predominante, todavia, vem defendendo um entendimento mais flexível quanto ao uso da medida coercitiva ora analisada. De fato, sustenta-se que apenas o desconto em folha de pagamento e o desconto de aluguéis devem

A execução por meio de coerção pessoal, portanto, revela-se como a mais adequada⁴¹⁰ à situação concreta do devedor de alimentos, pois possibilita a satisfação célere e efetiva de tal pretensão jurídica, que, como visto, tem natureza essencial no que tange à manutenção da vida humana⁴¹¹. É o tipo de obrigação que transcende a natureza jurídica e possui seu fundamento sedimentado na moral⁴¹², de modo que, para a

ser usados prioritariamente à prisão do devedor de alimentos. Nunca, porém, o uso dessa medida pode ficar condicionado ao insucesso da execução por quantia certa, ou outro meio mais moroso.” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 218-219.

⁴¹⁰ Klaus Günther propõe que, para verificar se uma norma é justificada e pode ser aplicada, deve ser utilizado o princípio de universalização, o qual chamou de ‘U’. Na avaliação do autor: “O princípio de universalização está orientado justamente para apurar se a norma proposta se encontra no interesse comum de todos, seria equivocado restringir o círculo de pessoas hipoteticamente autorizadas a observar a norma. Nesse caso, um elemento essencial do princípio de universalização, contido em todas as diversas versões, não poderia ser cumprido, o que resultaria na ponderação sobre se a validade de uma norma ainda seria do meu interesse, se não apenas eu a observasse em relação aos outros (e, assim, eventualmente, em meu proveito), mas também se outros a observassem em relação a mim (e, assim, eventualmente para prejuízo meu). Exclusivamente há como se apurar o que é do interesse comum dos afetados, se as consequências da observância de uma norma por todos forem dispostas para os planos e as condições de vida de cada um individualmente.” (**Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 25).

⁴¹¹ GOMES, Gustavo Gonçalves. A nova execução de alimentos e as implicações trazidas pelas recentes reformas processuais. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 481.

⁴¹² Para demonstrar a validade moral de uma norma jurídica, Klaus Günther propõe o que chama de versão forte de ‘U’ e assim explica: “Uma norma é válida e, em qualquer hipótese, adequada, se em cada situação especial as consequências e os efeitos colaterais da observância geral desta norma puderem ser aceitos por todos, e considerados os interesses de cada um individualmente.” (**Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 29). Fato este que pode ser constatado no caso da possibilidade do uso da prisão civil como instrumento coercitivo para adimplemento de obrigação inescusável alimentar, pois o instituto da prisão é amplamente restringindo pelas Convenções Internacionais de Direitos Humanos. No entanto, em razão do caráter de subsistência do crédito alimentar, entende-se que não se aplica a regra revestida de direito fundamental (art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal) no ordenamento jurídico brasileiro da proibição da prisão civil por dívida, de

concretização efetiva do direito ao crédito alimentício é útil⁴¹³, em determinadas situações⁴¹⁴, o uso da prisão como meio executivo⁴¹⁵.

Em rigor, o instituto da prisão civil do devedor de alimentos não pode ser utilizado de qualquer forma nem arbitrariamente pelo magistrado, até porque é inegável a natureza pecuniária da dívida alimentar⁴¹⁶. O uso da coerção pessoal é permitido, portanto, em razão da inaplicabilidade da regra “da não prisão civil” ao descumprimento da ordem que impõe a norma do “dever de alimentar”⁴¹⁷.

O cumprimento da ordem que manda pagar os alimentos é ato mais relevante juridicamente para o ordenamento do que o uso da prisão para o cumprimento de tal mandamento judicial.

Marcelo Lima Guerra⁴¹⁸ considera a prisão mais efetiva na coação dos jurisdicionados no que tange a cumprir as determinações judiciais, principalmente as de cunho alimentício, pois ela atua diretamente na liberdade do devedor.

O “dever de alimentar” assume, *in casu*, status de norma absoluta⁴¹⁹, enquanto a regra “da não prisão civil” assume status de

modo que a única exceção juridicamente aceita em vigência é exatamente o caso do devedor de alimentos.

⁴¹³ ASSIS, Araken de. **Manual de execução civil**, p. 1.054.

⁴¹⁴ Somente as últimas três prestações vencidas até a data da propositura da ação e as que vencerem no curso do trâmite do processo, conforme dispõe a Súmula n. 309 do Superior Tribunal de Justiça.

⁴¹⁵ GOMES, Gustavo Gonçalves. A nova execução de alimentos e as implicações trazidas pelas recentes reformas processuais. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo, p. 481.

⁴¹⁶ “O mesmo se diga em relação à obrigação de prestação alimentícia. Guarda ela nítido caráter obrigacional, seja quando derive de vínculo de família, seja quando tenha por pressuposto a reparação por ato ilícito.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 210-211.

⁴¹⁷ No intuito de melhor explicar o raciocínio adotado, usar-se-á a expressão “dever de alimentar” para representar a obrigação de prestar alimentos, sem a necessidade de buscar o embasamento legal. Ou seja, tal expressão quer significar a obrigação de prestar alimentos como elemento do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴¹⁸ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 220.

⁴¹⁹ Entende-se, aqui, que o “dever de alimentar” assume status de norma absoluta, pois tal conteúdo impõe uma obrigação a ser cumprida imediatamente, de modo que o seu cumprimento deve ser efetivado no exato momento em que a ordem fora emanada, pois para sobreviver uma pessoa necessita de um mínimo digno todos os dias. Ou seja, o “dever de alimentar” não pode esperar, pois a

norma *prima facie*⁴²⁰, pois é fácil observar que o não cumprimento da “dever de alimentar” torna mais vazio o conteúdo do princípio da

morosidade no cumprimento de tal obrigação poderá ferir o direito à vida, mais elementar do que o próprio direito à liberdade. Até porque, o segundo não existe sem o primeiro. Gustavo Gonçalves Gomes corrobora: “[...] a prestação alimentícia é exigível no presente e não no futuro, o que implica a idéia de sua atualidade, pois a necessidade que a justifica é, por sua vez, ordinariamente inadiável, por essa razão, entre outras, a lei confere ao credor meios coativos de grande eficácia, destinados a facilitar-lhe o pronto recebimento das prestações alimentícias.” (A nova execução de alimentos e as implicações trazidas pelas recentes reformas processuais. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC, p. 481).

⁴²⁰ A regra “da não prisão civil”, nesta situação, assume status de “norma *prima facie*”, pois ela é mais fraca do que o ‘dever de alimentar’. Assim, se uma determinada pessoa está na condição do credor de alimentos significa que ela não possui meios próprios para subsistir sem o auxílio de outrem. Por tal razão, a obrigação do alimentante é manter a vida do alimentando, de modo que só poderá escusar-se do “dever de alimentar” se comprovar que também não possui meios para manter-se. Nesta situação, de impossibilidade material de o devedor de alimentos cumprir a obrigação sem prejuízo de sua vida, verifica-se que a regra “da não prisão civil” assume status de norma absoluta, enquanto o “dever de alimentar” torna-se uma “norma *prima facie*”, pois neste caso o alimentante tem o direito de antes manter a sua vida do que a de outrem. O que se verifica, portanto, é que é impossível determinar a qual classe qualquer norma pertence de antemão, demandando, para tanto, realizar a análise no caso concreto. Trata-se, portanto, da aplicação da norma mais adequada ao caso concreto. Melhor explica Klaus Günther: “Dessa forma, até mesmo a relativa obrigação *prima facie* original apresentaria um conteúdo coercitivo debilitado. Consequentemente, as normas, aplicáveis em uma situação, subdividiriam-se [sic] em duas classes: uma norma absoluta (forte) e diversas normas *prima facie* (fracas). Não seria possível estabelecer, de antemão, de que classe determinada norma faria parte. [...] se uma obrigação seria ou não *prima facie* ou absoluta, dependeria da situação de conflito particular sob consideração e independentemente de especificar diferentes situações de conflito, não estaríamos em condições de apontar duas classes separadas de obrigações. Atribuir o status dependeria, neste caso, da situação em que uma norma superaria todas as demais. Somente então todas as normas seriam normas *prima facie*, com exceção de uma, que superaria todas as outras.” (**Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 198-199).

dignidade da pessoa humana do que a permissão do uso da prisão contra este tipo de conduta, garante Klaus Günther⁴²¹.

Portanto, o “dever de alimentar” é mais importante do que a regra “da não prisão civil”, pois a liberdade individual, representada pela regra da “da não prisão civil”, pode ser restringida em mais situações concretas quando colidente com o “dever de alimentar”, para que se possa garantir a máxima efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa linha de raciocínio é bem lógica para a comunidade jurídica, de modo que convenções internacionais sobre direitos humanos⁴²² optam por apontar “a não prisão civil” como preceito fundamental ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas admite como única restrição a possibilidade de prisão civil do devedor inescusável de alimentos⁴²³.

O que se observa, portanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é a existência de restrições ao uso da prisão em relação à cobrança de débito alimentar, por ser esta medida altamente gravosa para a esfera jurídica do devedor. Essa é a razão de o conteúdo da Súmula 309 do STJ permitir o uso do rito do art. 733 do Código de Processo Civil somente em relação às últimas três prestações vencidas e às que vencerem no curso do processo de execução⁴²⁴.

Outra restrição ao instituto da prisão civil em relação ao devedor de alimentos é o reconhecimento da impossibilidade de uso de tal instrumento coercitivo *ex officio* pelo magistrado, daí se inferindo que a medida, no caso das dívidas alimentícias, deve ser requerida pelo credor⁴²⁵.

A execução, neste caso, deve operar no modo escolhido pelo credor, desde que observe o equilíbrio dos princípios da menor onerosidade do devedor e do resultado, pois pode o credor, por qualquer

⁴²¹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 205.

⁴²² Art. 7º, item 7, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica, ratificado no ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 678/1992.

⁴²³ ASSIS, Araken de. **Manual de execução civil**, p. 1.055.

⁴²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 16.073/SP**, Quarta Turma. Relator Ministro César Asfor Rocha. Brasília-DF. Julgado em 13.03.2001.

⁴²⁵ CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. III, p. 376-377.

razão, querer evitar o uso da prisão contra o seu devedor de alimentos⁴²⁶.

Assim, consubstanciado no direito fundamental à tutela executiva adequada, interpretado na ótica do Estado como dever de prestar efetivamente o direito buscado em juízo, pode o juiz, com base no que dispõe o art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, usar a prisão como ato coercitivo de ofício⁴²⁷.

Dessa breve explanação, infere-se que o instituto da prisão civil só será permitido no ordenamento brasileiro quando o resultado do balanceamento dos conteúdos jurídicos do “dever de alimentar” e da regra “da não prisão civil”, em determinadas situações, indicar que a prisão civil é o meio mais adequado⁴²⁸ para garantir o cumprimento da obrigação de prestar alimentos.

O quadro comparativo que se pode construir aqui alude ao fato de a prisão do devedor de alimentos possuir natureza coercitiva⁴²⁹, tal qual a disciplinada no conteúdo semântico das “medidas necessárias”, nos termos do §5º do art. 461 do Código de Processo Civil⁴³⁰, ou seja, só será efetivada em caso do não cumprimento da ordem de pagar, emanada da autoridade judicial.

⁴²⁶ CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo**, v. III, p. 376-377.

⁴²⁷ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 222.

⁴²⁸ “A aplicação do Direito deve criar espaços, nos quais – *in casu* – são possíveis argumentações de adequação que possam apoiar-se em uma multiplicidade de princípios relevantes. Para relacionar entre si o maior número possível de aspectos efetivos e normativos de uma situação, deve haver espaços na própria aplicação do Direito, nos quais também possam ser destacados os princípios políticos e morais que representam o nível pós-convencional de argumentação moral. Desse modo, a aplicação de normas, por sua vez, é de novo ‘procedimentalizada’ e, com isso, novamente vinculada a argumentações imparciais.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 262.

⁴²⁹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafale. **Curso de direito processual civil**: execução. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 5, p. 712.

⁴³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 204.

4.1.2 A prisão do depositário infiel e a Súmula Vinculante n. 25

O inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal proíbe o uso da prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro, ressalvadas as hipóteses de devedor de alimentos e de depositário infiel⁴³¹.

Como visto, no que toca à possibilidade de uso da prisão civil em relação ao cumprimento de ordem de prestar alimentos, não existem grandes discussões acerca do seu cabimento. O mesmo não ocorre em relação ao uso do instituto no caso de depositário infiel, que abriga celeuma mais complexa, em razão das convenções internacionais sobre direitos humanos que o Brasil é signatário⁴³². Tal discussão, inclusive, já suscitou posicionamento do STF acerca da matéria, resultando na edição da Súmula Vinculante n. 25⁴³³.

No que tange à ressalva do depositário infiel, instala-se um conflito de normas, especificamente a disciplina do §3º do art. 5º da Constituição Federal, com fulcro no Pacto de São José da Costa Rica⁴³⁴, ratificado pelo Decreto n. 678/1992, e o comando da parte final do

⁴³¹ “De acordo com a lição da doutrina, tais exceções foram concebidas não com um caráter de pena, mas como excepcional meio processual de cunho coercitivo, com duas finalidades bem específicas: a) obrigar o devedor de alimentos a cumprir com a sua obrigação alimentar, no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; b) compelir o depositário infiel a entregar o bem que lhe foi confiado ou, em caráter alternativo, efetuar a sua substituição por outro ou pelo seu equivalente em espécie, no caso de depositário infiel.” SARLET, Ingo Wolfgang; PETTERLE, Selma Rodrigues. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectiva em face da recente orientação adotada pelo STF. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 175.

⁴³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴³³ Súmula Vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0025vinculante.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴³⁴ “Esta última convenção, com efeito, tem sido alvo de constantes debates, em doutrina e jurisprudência, que pretendem estender a garantia da inviabilidade da prisão civil, colocando como única exceção o caso dos alimentos, e excluindo a possibilidade da prisão civil do depositário infiel.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 204.

inciso LXVII do mesmo dispositivo constitucional, no caso do depositário infiel⁴³⁵.

A discussão da aplicabilidade do Decreto n. 678/1992, que ratifica o Pacto de São José da Costa Rica dentro do ordenamento jurídico brasileiro, invoca a necessidade, antes da análise da possibilidade ou não do uso da prisão na situação de depositário infiel⁴³⁶, de um estudo para verificar se referido Pacto foi recepcionado nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal⁴³⁷, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A celeuma quanto à incidência ou não do Pacto de São José da Costa Rica no caso de prisão do depositário infiel ante o entendimento de que o fato de a norma internacional ser recepcionada no ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 lhe retira o status de comando constitucional, ou seja, passa a ser considerada norma infraconstitucional, neste caso, simples lei ordinária⁴³⁸.

No julgamento do RE n. 466.343-1/SP, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que esse entendimento está ultrapassado, pois não revela a verdadeira ambição dos Estados Contemporâneos⁴³⁹ no sentido

⁴³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 562.051-4**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [trecho extraído do voto do Ministro Marco Aurélio]. Brasília-DF, Julgado em 14.04.2008.

⁴³⁶ “A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito brasileiro, **no plano infraconstitucional** da legislação interna, **a prisão civil** do depositário infiel, **considerando o que dispõem a Convenção Americana** sobre Direitos Humanos/**Pacto de São José da Costa Rica** (art. 7º, §7º) **e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos** (Artigo 11) [Grifo do autor].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator Ministro Marco Aurélio [trecho extraído do voto-vista do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴³⁹ “Lembre-se, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes, concedendo-lhes valor normativo constitucional. Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição) e Argentina (art. 75, inc. 24), provavelmente influenciados pela institucionalização da União Europeia, inseriram conceitos

de preservar os direitos humanos⁴⁴⁰ e, portanto, deveria ser revisto pela Suprema Corte pátria⁴⁴¹.

No mesmo julgado, em seu voto o ministro consignou que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos possuem um regime especial, com caráter de “supralegalidade”⁴⁴², isto porque preservam um rol de preceitos que preconizam a observância das liberdades públicas⁴⁴³, as quais possuem um valor ético-jurídico⁴⁴⁴ e,

de supranacionalidade em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que ‘A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos’”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁴² “Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana [Grifo do autor].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator Ministro Marco Aurélio [trecho extraído do voto-vista do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator Ministro Marco Aurélio [trecho extraído do voto-vista do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

consequentemente, fundamentam⁴⁴⁵ juridicamente a instituição dos Estados Constitucionais de Direito⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ Como visto, no primeiro capítulo deste trabalho, firmou-se que Estado Constitucional de Direito é aquele modelo estatal que garante a observância de direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, inclusive garantindo o direito de participação do povo nas decisões políticas do Estado e somente assim estaria legitimado a restringir qualquer posição jurídica elevada constitucionalmente ao status de direito fundamental. A respeito, melhor explica Ingo Wolfgang Sarlet: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. A imbricação dos direitos fundamentais com a idéia específica de democracia é outro aspecto que impende seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser consideradas o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.” **(A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 61).**

⁴⁴⁶ “Com efeito, não há *Estado de Direito* sem o reconhecimento dos direitos fundamentais. É que, como adverte Losing, ‘o princípio Estado de Direito vai-se desenvolvendo à medida que se vão desenvolvendo os direitos fundamentais e segundo vai variando a interpretação dos mesmos’; determinando a existência de um fluxo e refluxo permanente entre a interpretação dos direitos fundamentais e a interpretação do princípio do Estado de Direito, o que se explica porque os direitos fundamentais são interpretados à luz de um Estado de Direito e o Estado de Direito se nutre da interpretação dos direitos fundamentais.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário n. 349.703-1/RS**, Plenário. Ministro Relator para o Acórdão Gilmar Mendes [trecho extraído do voto do Ministro Ilmar Galvão]. Brasília-DF. Julgado em 03.12.2008.

O debate enfrentado pelo STF, em razão da aplicabilidade ou não dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados antes da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, com status de emenda constitucional, poderia ser resolvido com a aplicação da Teoria da Adequação de Klaus Günther, de modo que, nesta situação, o conflito se travasse entre a “liberdade individual”⁴⁴⁷ e o “devido processo legislativo”⁴⁴⁸. Neste caso, o conteúdo normativo que ampara a “liberdade individual” assume o status de norma absoluta⁴⁴⁹, enquanto o conteúdo do “devido processo legislativo” assume a característica de “norma *prima facie*”⁴⁵⁰. Desta feita, a justificativa mais adequada⁴⁵¹ para

⁴⁴⁷ A expressão “liberdade individual” tem por objetivo amparar a liberdade do homem em relação ao Estado, com base na proibição “da não prisão civil” prevista no art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁴⁸ A expressão “devido processo legislativo” tem o condão de guardar a semântica do direito fundamental ao devido processo legal aplicado no âmbito do Poder Legislativo, de modo que tal posição é fundamental à dignidade da pessoa humana, pois garante o modo que a produção legislativa ocorrerá dentro de um Estado, devendo ser resguardados o seu conteúdo formal e o seu conteúdo material. Pode-se então concluir que o conceito de devido processo legislativo abarca o caráter do *procedural due process*, bem como o *substantive due process*.

⁴⁴⁹ “Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta que dispõe o sistema constitucional para exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵⁰ “Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, ‘assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição [...] e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Os poderes públicos brasileiros não estão submetidos à Constituição quando atuam nas relações internacionais em exercício do *treaty-making power*. Os tratados e convenções devem ser

a aplicação de uma norma em detrimento de outra alude ao fato de que a “liberdade individual” dá mais substância ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵² quando comparada à semântica da norma “devido processo legislativo”⁴⁵³.

celebrados em consonância não só com o procedimento formal descrito na Constituição, mas com respeito ao seu conteúdo material, especialmente em tema de direitos humanos e garantias fundamentais”’. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵² “Na verdade, nenhum dos institutos jurídicos vinculados aos direitos do homem teve tal grau de receptividade nos textos constitucionais, nas distintas latitudes do mundo, como os direitos fundamentais, o que aconteceu a partir da nossa Constituição de 1824. Acabaram eles por ser o substrato básico imprescindível do Estado de Direito; de tal maneira que, contemporaneamente, para que um Estado possa adjetivar-se como ‘de Direito’, deve satisfazer alguns **standards** mínimos: entre os quais a existência de um consenso básico acerca da estrutura da legislação em que essa sociedade concreta deseja e que viver; legislação que deve abranger, **ao menos**, o reconhecimento dos direitos contidos na Declaração das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 19.12.66. Isso importa obviamente uma internacionalização dos direitos fundamentais, que é onde melhor se tem expressado em termos de convivência humana a chamada globalização, a ponto de poder afirmar-se que qualquer país que pretenda credenciar-se à cooperação internacional deve satisfazer as exigências ou os **standards** mínimos anotados [Grifos do autor].” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator Ministro Marco Aurélio [trecho extraído do voto-vista do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵³ “As fases ou procedimentos internos pelos quais têm de passar os tratados internacionais antes de ratificados, são fundamentais para a sua correta eficácia no âmbito do ordenamento doméstico do respectivo Estado-parte. A elas dá-se o nome de ‘poder de celebrar tratados’, ou ‘competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados’ ou ainda ‘*treaty-making power*’. No caso brasileiro, o exame da Carta de 1988 permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades: a do Congresso Nacional, que resolve definitivamente sobre tratados, mediante decreto legislativo (art. 49, I) e a do Presidente da República, que os assina, ratifica e promulga internamente mediante decreto (art. 84, VIII).”

Considerado o caráter de “supralegalidade”⁴⁵⁴ dos tratados e das convenções internacionais sobre direitos humanos, entende-se plenamente justificável a não aplicação da norma “devido processo legislativo” quando cotejada com a garantia da “liberdade individual”. Isto em razão de a Constituição Federal de 1988 ter dado tratamento diferenciado aos tratados internacionais na matéria que versam⁴⁵⁵.

Assim, as convenções que abordem direitos humanos receberão tratamento jurídico semelhante ao de emenda constitucional, pois, como visto, o respeito aos direitos humanos é objetivo supranacional⁴⁵⁶ e também do Estado brasileiro⁴⁵⁷.

Verificada a aplicabilidade das convenções internacionais de direitos humanos e o caráter de “supralegalidade” de tais diplomas jurídicos no ordenamento brasileiro, importa, neste ponto, cotejar a matéria de fundo relevante para o escopo deste estudo, ou seja, a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, conteúdo normativo disciplinado na Constituição brasileira (inc. LXVII do art. 5º) e o comando das convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, que não permitem o uso do instituto da prisão civil em tal hipótese.

Segundo o relato de Ingo Wolfgang Sarlet e Selma Rodrigues Peterle⁴⁵⁸, a prisão do depositário infiel era entendida como cabível nas

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a sua incorporação no ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 87, 2002, p. 283.

⁴⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95.967-9/MS**, Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. [trecho da ementa]. Brasília-DF. Julgado em 11.11.2008.

⁴⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF. Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

⁴⁵⁷ Fato que pode ser observado com a análise, em conjunto, dos art. 3º e 4º da Constituição Federal.

⁴⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; PETERLE, Selma Rodrigues. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectiva em face da recente orientação adotada pelo STF. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 116, 2009, p. 180.

hipóteses de: depósito voluntário, ou seja, aquele convencionado por acordo entre as partes – o depósito dos contratos de alienação fiduciária se enquadra em tal hipótese; depósito necessário, aquele que decorre de obrigação legal. A modalidade judicial, a propósito, pode ser encaixada aqui.

Em síntese, a prisão do depositário infiel possui relação com o “dever de pagar quantia”⁴⁵⁹. Diz-se isso porque o STF ao editar a Súmula Vinculante n. 25 não fez qualquer distinção da modalidade de depósito⁴⁶⁰, abrindo brecha para a compreensão de que vedou tal situação em razão do caráter estritamente pecuniário da hipótese⁴⁶¹. Com base na delimitação de quais são os valores envolvidos no conflito de tais normas, tem-se, de um lado, a regra “da não prisão civil”, de outro, o “dever de pagar quantia”.

Para a aplicação da “Teoria da Adequação”, é necessário verificar qual conteúdo jurídico deve prevalecer e, consequentemente, ser aplicado no conflito de tais normas.

O corolário da regra “da não prisão civil” é garantir a liberdade do indivíduo, de modo a restringir a atuação estatal e, assim, assegurar a máxima efetividade dos direitos de liberdade da pessoa humana⁴⁶², ao

⁴⁵⁹ “A prisão do depositário infiel, tirante o questionamento já referido (que poderia mesmo descartar esta espécie de prisão como legítima no panorama atual), possui cunho estritamente obrigacional (art. 1.265 a 1.287 do Código Civil brasileiro).” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 210. Importante destacar que o autor, nessa passagem, refere-se ao Código Civil de 1916, pois era este que estava em vigor no momento de edição da citada obra. O que, no entanto, não impede que sejam interpretadas as demais modalidades de prisão civil também com cunho obrigacional, após a entrada em vigor do Código Civil de 2002.

⁴⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Manual de execução civil**, p. 735-736.

⁴⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 211.

⁴⁶² “Na perspectiva da dupla dimensão defensiva e prestacional dos direitos fundamentais, a vedação da prisão civil, em primeira linha, consiste no direito de qualquer pessoa de não ser privada da liberdade em virtude do descumprimento de obrigação, direito este que exige uma posição de respeito e abstenção do Estado e dos particulares. Assim, como direito de defesa, a proibição de prisão civil opera como uma barreira, invalidando todos os atos atentatórios a esta garantia constitucional, independente da natureza pública ou privada destes atos, sejam eles normativos ou não. A dimensão defensiva (negativa), como é sabido, não dispensa uma postura ativa do Estado, justamente para proteger a liberdade da pessoa, impedido que esta seja violada, inclusive pelo próprio Estado ou por iniciativa de particulares, com destaque para o dever de tutela jurisdicional, mas também por meio de prestações

mesmo tempo, fazer com que o instituto da prisão seja utilizado tão somente no âmbito criminal⁴⁶³ ou naquelas hipóteses afirmadas expressamente no texto constitucional. Já o “dever de pagar quantia” é comando jurídico de cunho eminentemente obrigacional, independe da modalidade de depósito⁴⁶⁴ e não tem outra finalidade a não ser garantir o patrimônio do devedor com o objetivo de satisfazer pecuniariamente os anseios do credor⁴⁶⁵.

O “dever de prestar alimentos”, bem sabemos, por mais obrigacional que possa ser o caráter de tal norma jurídica, visa tutelar direitos maiores do que a simples satisfação pecuniária de um determinado direito⁴⁶⁶; ou seja, objetiva tutelar a vida daquele que depende da obrigação alimentícia⁴⁶⁷.

Nesse conflito normativo, a regra “da não prisão civil” assume o status de norma absoluta⁴⁶⁸, enquanto o “dever de pagar quantia” ganha

jurídicas (normativas) ou mesmo por meio de outras formas de tutela da liberdade pessoal e meios alternativos de proteção dos direitos os quais se pretendeu tutelar com a possibilidade de prisão.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 479-480.

⁴⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 210.

⁴⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro Cezar Peluso [extração do aditamento de voto do Ministro Cezar Peluso]. Brasília-DF. Julgado em 03.12.2008.

⁴⁶⁵ SOUZA, Gelson Amara de. Prisão civil do depositário infiel: a inconstitucionalidade do artigo 666, § 3º, do Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 18, 2004, p. 59.

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 234.

⁴⁶⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de alimentos e prisão civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 13, 1978, p. 66.

⁴⁶⁸ A norma que garante o conteúdo “da não prisão civil” assume o “status de norma absoluta” haja vista o seu objetivo de tutelar um direito inerente à dignidade da pessoa humana, muito mais relevante do que a obrigação invocada pela norma que garante o “dever de pagar quantia”. Não se exclui a importância de que em uma sociedade organizada é necessário, para o bem do convívio social, que as dívidas sejam pagas e os contratos sejam cumpridos, bem como o Estado garanta instrumentos eficazes para o cumprimento dos contratos e o pagamento das obrigações pecuniárias. No entanto, o Estado, para cumprir seu papel de garantidor dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode deixar de tutelar aqueles mais relevantes para a manutenção da integridade do

cores de norma *prima facie*⁴⁶⁹. Dessa maneira, verifica-se que “a não prisão civil” prepondera em relação ao “dever de pagar quantia”, pois para o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana a liberdade tem valor ético-jurídico mais relevante do que o cumprimento de obrigação pecuniária⁴⁷⁰.

que significa “dignidade da pessoa humana”. Em suma, nesta situação, verifica-se que a liberdade é mais importante do que uma determinada quantia de dinheiro.

⁴⁶⁹ O “dever de pagar quantia” assume a qualidade de “norma *prima facie*” ante o entendimento de que ele é uma norma, sem qualquer dúvida, muito importante para o ordenamento jurídico e social, pois permite que as relações humanas possam interagir de modo a desenvolver o trabalho e buscar a prosperidade individual, coletiva e estatal. No entanto, tal obrigação não pode ser levada a cabo, a ponto de ser absoluta em relação a qualquer outro bem jurídico, pois existem posições jurídicas muito mais relevantes a própria função e legitimação do Estado do que a obrigação de cumprir um crédito pecuniário, como, por exemplo, a saúde, a integridade física, a liberdade e a vida.

⁴⁷⁰ “Relembro, por primeiro, que meu voto escrito faz referência – e o faz também em nota avultada de rodapé –, à concepção jurídico-romana do homem como **corpus vilis** para fins de submissão dos devedores a uma série de medidas que iam desde sua venda até à morte – como, aliás, foi agora, nova e amplamente, versado no voto do Ministro Celso de Mello –, até que a **Lex Poetella Papiria** e a **Lex Aquilia de danno certo** introduziram o princípio da responsabilidade no campo dos negócios jurídicos e dos atos ilícitos, como marco da evolução do espírito humano em relação à percepção ou consciência da dignidade da pessoa humana. Quanto à expressão **corpus vilis** – sabemos os que ainda estudam latim há alguns anos –, a palavra **corpus** não significava originariamente apenas o corpo humano, mas também massa, substância material etc., e **vilis**, tal como hoje se encontra o reflexo dessa origem etimológica na palavra **vil**, significava o que tinha preço baixo, o que não era dotado de dignidade, aquilo que era objeto de desconsideração, ou que não tinha valor algum. E essa concepção era muito própria do espírito daquela civilização, para a qual o corpo-humano era então visto como objeto passível de qualquer experimento judicial e, pois, quando menos, como alvo de coerção para cumprimento de obrigações patrimoniais. Mas, no instante em que o espírito humano evolui e os ordenamentos jurídicos passam a assumir o valor fundamental, tal evolução revela termos de consciência, reconhecimento e respeito da dignidade da pessoa humana, sobretudo de respeito ativo da dignidade do corpo como elemento essencial da concepção plena do ser humano, já não é possível pensar, naqueles mesmos termos, o corpo humano como objeto suscetível de experimentos normativos que impliquem sua submissão à violência de técnicas de coerção física para cumprimento das obrigações de estrito caráter patrimonial, como caso típico da alienação

O entendimento do STF, de fato, é mais condizente com os propósitos da Constituição Federal, pois preserva de maneira mais efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a figura do depositário infiel judicial, que para alguns não passa de um depositário administrativo⁴⁷¹, a proibição de qualquer restrição à liberdade individual em relação a dívidas pecuniárias pode enfraquecer a amplitude do princípio fundamental à tutela efetiva e adequada⁴⁷².

fiduciária, enquanto injustificável expediente de uma ordem jurídica autoritária, destinado a favorecer grupo de empresas com uma garantia privilegiada e exclusiva, em homenagem a direitos patrimoniais reputados de mais alta valia jurídica! É coisa inconcebível. E inconcebível é, agora, que continuemos a admitir, de modo claro ou velado, que o corpo humano possa ser objeto de técnicas de violência física para induzir o cumprimento de obrigações de caráter patrimonial.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro César Peluso [extração do aditamento de voto do Ministro César Peluso]. Brasília-DF. Julgado em 03.12.2008.

⁴⁷¹ SOUZA, Gelson Amaral de. Prisão civil do depositário infiel: a inconstitucionalidade do artigo 666, § 3º, do Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 18, 2004, p. 57-58.

⁴⁷² “Embora não seja possível avançar com a análise, cuida-se de discussão a ser aprofundada à luz de outras variáveis a serem consideradas. Apenas para ilustrar, há que se enfrentar o problema de, em sendo completamente banida a prisão civil, ser criado algum tipo de garantia para que as pessoas que ainda buscam solver na esfera judicial os seus conflitos tenham o direito efetivado, pois do contrário, o dever de proteção do Estado poderá estar pendendo em favor apenas de um dos interesses da causa. Além disso, o argumento corrente de que se trata da contraposição entre meros interesses patrimoniais (da parte credora) e da dignidade (do devedor/depositário) igualmente merece ser melhor debatido. A tese da integral convergência entre o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana faria com que qualquer restrição da liberdade (mesmo de cunho penal) sempre representasse uma violação da dignidade da pessoa humana, quando, em verdade, apenas a prisão perpétua e a execução da restrição da liberdade em condições indignas (este sim, fenômeno comum entre nós) costumam ser consideradas ofensivas à dignidade ou mesmo ao núcleo essencial do direito de liberdade. Da mesma forma, não é apenas o interesse, nem sempre ‘meramente’ patrimonial do credor que está em causa (basta apontar para o exemplo de dívidas de cunho alimentar ou existencial, não enquadradas nas hipóteses legais que admitem a prisão civil, mas que resultaram em penhora e depósito judicial!), mas, como já referido, a dimensão objetiva da garantia (fundamental) do direito a ter direitos efetivos, que, se não puder ser, em caráter excepcional, assegurada mediante a aplicação da prisão civil, deveria pelo menos encontrar outra forma de satisfação por parte do

4.2 A PRISÃO CIVIL COMO MEDIDA NECESSÁRIA (ART. 461, §5º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO EM ESPÉCIE

O art. 461, em seu §5º do Código de Processo Civil, vale lembrar, rompeu o paradigma da tipicidade dos meios executivos ao trazer, no texto normativo, o comando de que o magistrado pode, inclusive de ofício, tomar as medidas necessárias para a efetivação da decisão judicial ou a obtenção do resultado prático equivalente⁴⁷³.

Nas seções seguintes, invocando a aplicação da “Técnica da Adequação” de Klaus Günther, demonstram-se algumas situações em que se considera aceitável o uso da coerção pessoal para garantir a efetivação da decisão judicial, cujo amparo legal se encontra no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil. Para tanto, é necessário, inicialmente, diferenciar os tipos de litígios existentes.

4.2.1 A diferença entre dívida pecuniária e litígio fundado na prestação de direitos em espécie

O inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal, que veda o uso da prisão civil por dívida, deixou como ressalva para o uso do instrumento de coerção pessoal tão somente a dívida fundada em prestação alimentícia inescusável, haja vista o entendimento firmado pelo STF na Súmula Vinculante n. 25 sobre a impossibilidade de prisão civil por depositário infiel, seja qual for a modalidade de depósito⁴⁷⁴.

O texto constitucional em vigor é bem claro no que toca à disciplina da prisão civil por dívidas, ou seja, o que a Carta Magna brasileira veda expressamente é a impossibilidade de se restringir a

Estado – a quem incumbe o dever de proteção eficiente dos direitos fundamentais – questão que desafia maior investimento e se situa na esfera do problema mais amplo do acesso efetivo à Justiça.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, p. 486.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 228.

⁴⁷⁴ No que toca à modalidade de depósito judicial, a questão, como debatida anteriormente, necessita maiores aprofundamentos. Dessa maneira, posteriormente, será demonstrado o cabimento ou não da prisão civil nesta hipótese, conflitando a liberdade individual com a obrigação do Estado de prestar a tutela efetiva e adequada.

liberdade individual na hipótese de inadimplemento de obrigação de dívidas pecuniárias⁴⁷⁵. Sendo assim, as pretensões jurídicas de efetivação de direitos em espécie merecem tratamento diferenciado⁴⁷⁶.

O que se pretende demonstrar é que o instituto da prisão civil como meio coercitivo para cumprimento de decisão judicial resultante de ordem específica não pecuniária encontra guarida no ordenamento jurídico⁴⁷⁷. Essa permissão existe em razão da garantia constitucional de acesso à justiça, direito fundamental, aqui abordado quando se estudou a tutela efetiva e adequada⁴⁷⁸.

Em algumas situações, o direito a ser tutelado é tão relevante para a ordem jurídica que a regra “da não prisão civil” se torna inadequada⁴⁷⁹ e, portanto, inaplicável ao caso concreto.

De plano, é importante destacar que, nas situações em que se verificar o cabimento do uso da prisão civil como instrumento

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 233.

⁴⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 235.

⁴⁷⁷ “Nada obstante estes aspectos, mais operacionais que teóricos ou legais, não se pode, *a priori*, descartar a viabilidade da prisão civil, usada como meio coercitivo para o cumprimento de ordens judiciais. Não é o mecanismo inconstitucional, nem esbarra nas limitações determinadas pelas convenções e tratados referidos. Encontra, ao contrário, respaldo no próprio texto constitucional e tem sua admissão implicitamente admitida pelo art. 461 do Código de Processo Civil e pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 213.

⁴⁷⁸ “Os anseios universais por sistemas processuais que garantam o efetivo acesso à justiça são hoje as grandes diretrizes da conduta legislativa e dos esforços da doutrina e da jurisprudência. Está superada e completamente afastada a noção de que a antiga tutela formal dos direitos seria o resultado satisfatório da atividade da jurisdição. Para que essa atividade estatal se realize em plenitude (vale dizer, para o Estado-juiz cumpra seu papel na sociedade), é necessário que ao seu resultado formal se acrescente a aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil. Ao contrário, isto é, sem que possa promover um processo efetivo, haverá o rompimento da garantia constitucional do acesso à justiça, pois o direito ao processo quer dizer, nada mais, nada menos, que direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.” TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, 2007, p. 61.

⁴⁷⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 11.

coercitivo, o intuito não é tão só buscar o direito material violado ou que esteja na iminência de ser violado, mas também dar guarida ao conteúdo essencial do direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal – tutela efetiva e adequada, também abordada neste estudo como “direito fundamental à tutela executiva”⁴⁸⁰. Além de o conteúdo normativo do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que ter por objeto a garantia da efetividade das decisões judiciais, não há nada que atente tanto contra a dignidade da administração da justiça do que o não cumprimento de um provimento jurisdicional emanado⁴⁸¹.

De acordo com a disciplina do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, ninguém poderá ter sua liberdade cerceada em razão de não possuir meios financeiros suficientes para cumprir uma obrigação estritamente pecuniária. Em outras palavras, quando o litígio versar sobre questões meramente patrimoniais que possam ser convertidas em dinheiro ou que a causa trate de uma obrigação de pagar quantia certa⁴⁸², não pode o Estado lançar da sua força para restringir a liberdade individual com intuito de garantir o cumprimento da obrigação de cunho eminentemente pecuniário e que não possui função jurídica de resguardar qualquer outro bem jurídico mais relevante⁴⁸³. Direitos específicos, portanto, não dispensam mecanismos eficazes para a sua respectiva concretização, de modo satisfatório, por instrumento do Poder Judiciário⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ O direito fundamental à tutela executiva foi analisado como subproduto do direito fundamental à tutela efetiva e adequada. Desta feita, a tutela jurisdicional somente poderá ser considerada adequada se dispuser dos meios necessários para garantir a efetividade do provimento judicial, conforme desenvolvido no primeiro capítulo.

⁴⁸¹ RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança com liminar n. 2012.014913-4**. Relator Desembargador Virgílio Macêdo Jr., decisão monocrática. Brasília-DF. Julgado em 28.01.2013.

⁴⁸² GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 245-246.

⁴⁸³ Faz-se essa ressalva, pois alguns juristas entendem que a obrigação alimentícia é meramente patrimonial, mas em razão de o seu conteúdo jurídico ter a finalidade de garantir a vida de outra pessoa, entende-se que é possível o uso da prisão civil para coagir o devedor dos alimentos a adimplir a sua obrigação. Também, há quem afirme que a obrigação alimentícia não é meramente pecuniária, mas se transforma em obrigação pecuniária em razão da facilidade de se cumprir a obrigação mediante pagamento de quantia de dinheiro.

⁴⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 41-42.

Na avaliação de Luiz Guilherme Marinoni⁴⁸⁵, há direito cuja prestação forçada necessita de instrumentos de coerção e a multa não pode ser entendida como o único instrumento de coerção colocado à disposição do Estado. E Marcelo Lima Guerra⁴⁸⁶ aduz: interpretar nesse sentido é o mesmo que negar a existência, em determinadas situações, do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, bem como colocar o direito à liberdade em patamar inatingível por todos os outros demais bens jurídicos, ressalvado o direito à vida⁴⁸⁷.

Neste estudo, segue-se o entendimento de que a jurisdição deve garantir a prestação de direitos, com lastro na disciplina do caput do art. 461 do Código de Processo Civil⁴⁸⁸, segundo o qual o juiz pode estabelecer as providências necessárias para a garantia do resultado prático equivalente ou da tutela específica da obrigação.

Ainda, o conteúdo semântico das medidas necessárias, previsto no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, confere maiores poderes ao magistrado para assegurar a efetividade da decisão judicial⁴⁸⁹, podendo, inclusive, determinar o uso da coerção pessoal para tal fim⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 236.

⁴⁸⁶ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 246.

⁴⁸⁷ “Certo é que o direito à vida opera, para além de sua condição de direito fundamental autônomo, como ‘pressuposto fundante de todos os demais direitos fundamentais’, ‘verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente’, ou, como enfatizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, como base vital da própria dignidade da pessoa humana.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, p. 353.

⁴⁸⁸ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

⁴⁸⁹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 48.

⁴⁹⁰ “[...] se as ordens judiciais não forem imperativas e se não houver sanção para o seu descumprimento não haverá mais necessidade nem de sua concessão e nem mais de Judiciário, pois de nada mais adiantaria ao cidadão, que teve seus direitos feridos, recorrer à Justiça, uma vez que as ordens judiciais não passariam de ‘conselhos’ ou ‘recomendações’ de um juiz sem qualquer autoridade, de um Judiciário falido e de um Estado Democrático de Direito

A distinção de fundamental importância a ser realizada neste ponto do estudo alude ao conteúdo semântico da palavra “dívida” constante do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal e o entendimento aqui firmado aponta no sentido de que a restrição à liberdade não pode ter como causa o inadimplemento de dívida pecuniária⁴⁹¹.

Nessa perspectiva, litígios que versem sobre cumprimento de obrigação específica não podem ser restringidos pela regra constitucional descrita no inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, sob pena de impossibilitar a efetivação de direitos materiais em espécie⁴⁹², bem como negar o conteúdo máximo do direito fundamental à tutela efetiva e adequada.

Desse modo, analisa Bruno Preti Souza⁴⁹³, o processo estaria deixando de atingir a sua finalidade de instrumento para a prestação de direitos. Essa interpretação é aceitável atualmente, pois não mais se confundem os conceitos de ilícito e dano. Desta feita, a atuação jurisdicional não tem lugar na busca da reparação de um determinado dano apenas, mas também no ilícito que não gerou danos e na prevenção de ilícitos, no caso da tutela inibitória.

Para Luiz Guilherme Marinoni⁴⁹⁴, a confusão existente entre ilícito e dano colaborou para o entendimento de que, na perspectiva do Estado Liberal, a prestação da tutela jurisdicional devesse ser a

absolutamente inane. Em tais circunstâncias, melhor que extermine o Judiciário e se deixe que o Executivo e o Legislativo resolvam sobre todo e qualquer direito e reclamo dos cidadãos. Mas, enquanto o Brasil for uma República (arts. 1º e 3º da CF), enquanto houver tripartição de Poderes (arts. 1º e 2º da CF), enquanto houver Judiciário e enquanto houver juízes, as decisões judiciais têm de ser cumpridas, mesmo que para isso seja necessária a prisão *incontinenti* dos responsáveis.” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo Interno n. 7000302176-3**, Primeira Câmara Especial Cível. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento. Porto Alegre, RS. Julgado em 27.03.2002.

⁴⁹¹ SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 59.

⁴⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 63.

⁴⁹³ SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 56.

⁴⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 37.

reparação pelo equivalente, evidenciando clara despreocupação com o objetivo de prestar direitos.

Com visto no capítulo anterior, com a tutela inibitória objetiva evitar a prática de determinado ilícito. Com base nisso, verifica-se a distinção entre litígio fundado em direito e aquele que busca o adimplemento de obrigação pecuniária. Essa distinção é latente no ordenamento jurídico brasileiro, pois a Constituição Federal estabelece uma regra muito clara ao proibir a prisão civil em caso de inadimplemento de dívida e ao mesmo tempo determina que o Poder Judiciário deva resolver todos os conflitos de maneira efetiva e adequada⁴⁹⁵. Em nível infraconstitucional permite ainda que o magistrado determine as medidas necessárias ao cumprimento específico da obrigação, ou seja, assegurar a efetivação de direitos materiais que não se convertem em pecúnia. Por essa razão, entende-se cabível o uso do instrumento da coerção pessoal para a garantia da efetividade das decisões judiciais⁴⁹⁶.

Desse contexto brota o entendimento de que a Constituição Federal veda o uso de instrumentos de coerção pessoal para os casos de dívida pecuniária⁴⁹⁷, no entanto, não impede o uso da prisão como

⁴⁹⁵ “A *adequação* se coloca no *plano dos valores*, querendo significar que a ação material não pode infringir o *ordenamento jurídico* para proporcionar a tutela. A *necessidade*, por sua vez, tem relação com a seara da *efetividade* da ação material, isto é, da sua *capacidade de realizar* – na *esfera jurídica* – a tutela do direito. É por tal motivo que essa última regra se divide em outras duas: a do *meio idôneo* e da *menor restrição possível*. O *fazer idôneo* é aquele que tem a capacidade de proporcionar faticamente a tutela. Mas, essa ação (fazer ou não fazer), embora idônea à prestação da tutela, deve ser a que cause a menor restrição possível à esfera jurídica do réu. Quando tal ação é *idônea* e, ao mesmo tempo, causa a *menor restrição possível*, ela deve ser considerada a *mais idônea* ou a *mais suave* para proporcionar a tutela [Grifo do autor].” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 66-67.

⁴⁹⁶ SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 63.

⁴⁹⁷ “Depois de informar que a doutrina tem se omitido quanto ao fato de que as exceções que justificam a prisão são apenas aquelas previstas no art. 5º, LXVII, da CF, ou seja, o devedor de alimentos e o depositário infiel. Marcelo Lima Guerra esclarece que Pontes de Miranda é a honrosa exceção no tratamento da matéria, admitindo que a dívida mencionada no dispositivo constitucional deve ser considerada em sentido estrito. Acompanhando o posicionamento

instrumento de efetivação de decisões judiciais que conferem a prestação de um direito em espécie⁴⁹⁸. A prisão, nesta hipótese, é diferente daquela decretada em razão de descumprimento de ordem judicial, tipificada como crime de desobediência⁴⁹⁹, até porque, no momento em que uma norma de caráter não penal indica a existência de uma sanção pelo descumprimento da ordem, o crime será entendido como não praticado⁵⁰⁰. Aqui, observa-se uma lacuna no ordenamento pátrio no que diz respeito ao fortalecimento das medidas executivas, pois o sujeito que descumpra uma decisão judicial que lhe comina uma multa não incidirá na hipótese do art. 330 do Código Penal⁵⁰¹. Desse

minoritário, Marcelo Lima Guerra sustenta que a prisão civil é importante meio para garantir o direito fundamental à tutela efetiva, e não restrição ao direito de liberdade, devendo a prisão por dívida, citada no dispositivo constitucional, ter interpretação restritiva, referindo-se apenas às obrigações pecuniárias.” KOURY, Luiz Roman Neves. O juiz do trabalho e as medidas coercitivas. **Revista do TST**. Brasília, TST, n. 3, 2005, p. 42-43.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 236.

⁴⁹⁹ “O crime de desobediência consuma-se no momento da ação ou omissão que assim caracterizar o desobediente. Na forma comissiva, estará consumado o delito no momento em que o agente cometer a atitude que tinha a ordem de não realizar. Na forma omissiva, se foi concedido prazo para a execução do mandamento, o crime consuma-se no momento de sua expiração. Não existindo prazo, deve-se aguardar o decurso de espaço de tempo juridicamente considerável, para que se possa avaliar seguramente a ocorrência do delito.” LAMY, Eduardo de Avelar. Prisão penal e coerção processual civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 19, 2001, p. 76.

⁵⁰⁰ “Entretanto, deve-se observar que não haverá crime de desobediência caso uma norma extrapenal, seja ela administrativa ou civil, já cominar alguma outra sanção, sem contudo considerar expressamente a possibilidade de cumulação desta com a sanção aplicada pelo art. 330 do Código Penal. Esta regra decorre do princípio da Mínima Intervenção do Direito Penal, segundo o qual a norma penal deve ser usada apenas quando for a última alternativa, já que o Direito Penal não deve ser utilizado sem necessidade.” LAMY, Eduardo de Avelar. Prisão penal e coerção processual civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 19, 2001, p. 77.

⁵⁰¹ É importante destacar que a prisão por desobediência, com base no art. 330 do Código Penal, também se mostra ineficiente e a razão é que, consoante a disciplina do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, tal tipo penal é competência do Juizado Especial Criminal, de modo que o peso da possibilidade de restrição da liberdade fica bastante mitigado, o que demonstra, mais uma vez, o motivo pelo qual deve ser admitido o uso da prisão civil como instrumento de coerção, com base no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil.

modo, é aceitável e constitucional o uso da prisão, como último recurso, com base no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, como instrumento de coerção para a efetivação de direitos⁵⁰².

No caso concreto, caberá ao magistrado analisar se a medida de coerção pessoal é aplicável ou não, sem se olvidar que o direito buscado em juízo pode ser conflitado com o direito à liberdade individual, sob o enfoque da regra “da não prisão civil”, de modo que este prevaleça sobre aquela⁵⁰³. O juiz deverá então utilizar alguns critérios, no caso específico de dois princípios do processo de execução: princípio da menor onerosidade do devedor⁵⁰⁴ e princípio do resultado⁵⁰⁵. Ou seja, se o uso da prisão civil estiver em consonância com estes dois princípios relativos ao processo de execução, o magistrado estará autorizado a determinar o cumprimento da obrigação, sob pena de coerção pessoal do devedor.

⁵⁰² ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 213.

⁵⁰³ “Na verdade, deparando-se com a norma do art. 5º, LXVII, da CF, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a *dúvida que sua interpretação suscita*. Ou seja, se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou somente a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, *verificando-se que há norma para dois direitos fundamentais*, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, *deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles*. Concluindo-se, *a partir da análise da própria razão de ser destes princípios, que a sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada*, não ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de coerção diretas não se mostrarem adequadas – a violação de um direito, já que de outra maneira os próprios direitos ficarão desprovidos de tutela, e assim o ordenamento, exatamente na parte que consagra direitos invioláveis e fundamentais, assumirá a configuração de mera retórica, e desta forma sequer poderá ser chamado de ‘ordenamento jurídico’. Note-se que esta interpretação, além de considerar o *contexto*, e por esta razão ser muito mais abrangente do que a ‘clássica’, da ênfase aos direitos fundamentais, realizando a sua necessária harmonização para que a sociedade possa ver sua concretização nos locais em que a sua própria razão recomenda [Grifo do autor].” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 237-238.

⁵⁰⁴ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 278-279.

⁵⁰⁵ DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, 2004, p. 280.

A composição equilibrada desses dois princípios e o cotejo com todas as circunstâncias relevantes no caso concreto permitirão o uso do instituto da prisão como meio coercitivo⁵⁰⁶. Quer dizer: quando o bem jurídico *sub judice* for mais importante que a manutenção da liberdade individual⁵⁰⁷, estará o magistrado autorizado a decretar a ordem – como último recurso⁵⁰⁸ –, sob pena de prisão.

Ainda, o fato de a prisão, nesta situação, ser o único meio que o Estado dispõe para efetivar o direito material pretendido e o próprio direito fundamental à tutela efetiva e adequada, permite-se a imposição de tal medida ao réu descumpridor da ordem judicial, sem falar que sua omissão também é prejudicial à manutenção do Estado.

Em suma, a coerção pessoal é, ao mesmo tempo, uma forma de obter a prestação do direito e de constranger o réu a não desobedecer a ordem judicial, ou seja, não praticar ato que atente contra a dignidade da justiça.⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ “A lei, como visto, põe à disposição do Judiciário, basicamente, dois caminhos de ‘execução indireta’, ao fim de prover a efetivação da ordem judicial: a multa pecuniária e as ‘medidas necessárias’. A opção entre tais figuras deve ser tomada considerando, simplesmente, os critérios já aventados da efetividade do resultado e do menor sacrifício ao demandado.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 213-214.

⁵⁰⁷ “Vê-se, facilmente, que a interpretação que entende *dívida* em sentido estrito e, portanto, as exceções à prisão civil como *numerus apertus* (quanto às obrigações não pecuniárias, obviamente) guarda maior coerência com a moderna teoria dos direitos fundamentais e com os cânones da interpretação especificamente constitucional. Em primeiro lugar, porque não restringe o uso de uma sanção concretizadora de um direito fundamental com base em pré-julgamento da capacidade dessa sanção violar outros direitos fundamentais. Além disso, essa interpretação atende àquele importante critério da moderna hermenêutica constitucional, consistente no *princípio da concordância prática*, o qual ‘impõe a coordenação e combinação de bens jurídicos em conflito ou concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros’ [Grifo do autor].” GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**, p. 245.

⁵⁰⁸ “O que não se pode admitir é a banalização do instituto, convertida de medida de apoio legítima e justa em instrumento de tirania. É, e deve ser, a prisão civil o último recurso a ser usado para quebrar a renitência do réu recalcitrante. Em não sendo assim, a reação ao uso da medida certamente será de intensidade tal que expurgará totalmente esta possibilidade do direito brasileiro.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, p. 213.

⁵⁰⁹ “A efetivação das decisões judiciais através do instituto do *contempt of court* é legitimada através do *contempt power*, que constitui o poder conferido ao juiz

O uso da prisão como meio coercitivo, hábil para o Estado fazer cumprir as decisões judiciais é de grande valia e sua aplicação pode ser demonstrada em algumas situações. Por exemplo, em determinada localidade, uma empresa é flagrada despejando dejetos no rio. O Ministério Público propõe a ação competente para punir o ilícito e o magistrado defere a ordem em caráter antecipatório, determinando que a empresa suspenda a conduta prejudicial ao meio ambiente sob pena de multa, porém a coerção pecuniária é insuficiente e a sua respectiva majoração em excesso será, como de praxe, reduzida pelo STJ⁵¹⁰. O que se observa, *in casu*, é a inaptidão do Estado para tutelar o direito fundamental ao meio ambiente, direito este de difícil reparação e ressarcimento. Aqui, percebe-se a necessidade de o Estado usar instrumentos mais enérgicos como a coerção pessoal.

No exemplo apresentado, além do direito fundamental à tutela efetiva e adequada, tem-se uma contraposição de direitos, quer dizer, o direito ao “meio ambiente equilibrado”⁵¹¹ se opõe ao direito de liberdade, este traduzido pela regra “da não prisão civil”.

para punir aqueles que desobedecerem ou impedirem o cumprimento de ordens judiciais. Tal poder é considerado inerente à autoridade judiciária, no sentido de ser tido como meio essencial à garantia da efetividade da tutela jurisdicional, pois existe naqueles países a consciência de que não há tutela sem efetividade. Utilizam-se, portanto, variados meios coercitivos para o cumprimento dos compromissos assumidos, preferindo-se o bem-estar coletivo ao individual, do devedor. Tem-se a noção de que, nos países democraticamente organizados, em que falta o elemento efetividade, o poder judiciário se torna uma grande farsa, pois deixa de compor conflitos sociais nos momentos de maior necessidade; deixa de realizar sua função de maneira válida, o que se revela muito pior do que obrigar o devedor, através da prisão, dentre outras maneiras, a realizar a prestação a que está adstrito.” LAMY, Eduardo de Avelar. Prisão penal e coerção processual civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 19, 2001, p. 79.

⁵¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.311.941**. Terceira Turma. Ministro Relator Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) Brasília-DF. Julgado em 16.11.2010.

⁵¹¹ “O acesso efetivo à justiça ambiental é um assunto que deve estar no centro das reflexões pela sua importância direta no que tange à consolidação de novos comportamentos e atitudes em prol do ambiente. A plena garantia do acesso à justiça ambiental não diz respeito apenas ao aspecto procedimental, como conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em juízo, mas também ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a efetiva consecução da justiça na perspectiva social e ecológica, ou seja, ao acesso a uma ordem

O conflito que se estabelece entre conteúdos normativos importa na distinção, no caso concreto, de qual norma assumirá o status de “norma absoluta”. No exemplo apresentado, em que um dos direitos sopesados é o direito ao “meio ambiente equilibrado”, por sua essência de direito difuso, a toda evidência, o status de norma absoluta⁵¹² será, portanto, observada em detrimento de todas as outras normas jurídicas aplicáveis, estas, então, consideradas “normas *prima facie*”, inclusive no que toca à regra “da não prisão civil”⁵¹³.

Com efeito, o direito ao “meio ambiente equilibrado” assume o status de “norma absoluta” porque o seu conteúdo normativo se sobrepõe à liberdade individual. A justificativa é clara: a ausência de um meio ambiente equilibrado impossibilitará a perpetuação da vida na Terra⁵¹⁴. Além disso, não pode um direito individual se sobrepor a uma

pública ambiental justa nas perspectivas difusa, transgeracional e global. O qualificativo ambiental que se agrega ao princípio do acesso à justiça significa um redimensionamento no conteúdo e na abrangência deste postulado fundamental, exatamente em função do compromisso que deve assumir em prol da tutela efetiva do meio ambiente.” BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da justiça ambiental. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 87, 2002, p. 224.

⁵¹² O direito ao “meio ambiente equilibrado” assume “status de norma absoluta”, pois é necessária a manutenção e a preservação do meio ambiente para que a vida, de todas as formas, inclusive a humana, possa existir na Terra. Dessa maneira, observa-se que existe um aspecto coletivo muito mais relevante na proteção do meio ambiente para que possa existir um planeta habitável para as próximas gerações. Em suma, caso não seja realizada a preservação do meio ambiente não existirá planeta para que as próximas gerações possam desenvolver-se. Assim, para que haja a preservação da liberdade individual, deve ser necessário, antes, que o meio ambiente seja preservado, pois se não houver humanidade, não haverá liberdade individual a ser tutelada.

⁵¹³ Como se estudou anteriormente, Klaus Günther afirma que o conflito de normas não deve ser analisado no plano abstrato, mas sim no concreto. Também quadra lembrar que a “Teoria da Adequação” tem por finalidade corrigir eventuais desvios práticos que possam surgir da “Teoria da Ponderação” de Robert Alexy. Nesse contexto, quando insuficiente a coerção pecuniária para a efetivação da decisão judicial, consubstanciado no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, torna-se idôneo o uso da coerção pessoal a fim de obter o cumprimento da ordem judicial. Em resumo, não há outro procedimento mais adequado para se obter a tutela para preservação do meio ambiente.

⁵¹⁴ “A proteção do meio ambiente é um dever fundamental imposto não apenas ao Estado, mas também a todos os cidadãos. Este dever fundamental exige de todos um agir solidário em prol da proteção da natureza e implica, também, o

garantia coletiva, demandando, quando insuficiente o uso da coerção pecuniária, a instrumentalização da decisão judicial por meio de coerção pessoal do responsável pela degradação do meio ambiente que não cumpre a ordem judicial com o intuito de garantir a observância do conteúdo do direito “ao meio ambiente equilibrado”.⁵¹⁵

Do direito do consumidor, extrai-se outro exemplo, o de supermercado que é denunciado por comercializar produto industrializado, do gênero alimentício, considerado impróprio para o consumo. Constatada a situação, abre-se o procedimento judicial e é cominada pena de multa para que o estabelecimento retire das prateleiras os produtos indicados como impróprios. No entanto, a coerção pecuniária não surte efeito, pois ela não foi suficiente para atuar na vontade da gestão da empresa para a efetivação da decisão judicial. Ou, ainda, caso haja majoração da multa, poderá ser contestada pela empresa ré sob a alegação de que o valor em excesso configuraria enriquecimento ilícito, valendo lembrar que poderá ser reduzido pelo STJ, *a posteriori*.

Nesse caso, seguindo na linha de análise do cabimento do uso da prisão como instrumento de coerção, as normas conflituosas são, de um lado, a “proteção do consumidor” e a “saúde coletiva” e, de outro, a

ônus imposto a todos de participar ativamente das decisões e dos encaminhamentos relacionados ao interesse geral de um meio ambiente sadio e equilibrado.” BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da justiça ambiental. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 87, 2002, p. 232.

⁵¹⁵ “A partir destes importantes aportes doutrinários, infere-se que o acesso à justiça ambiental possui ampla significação e notável relevância. Trata-se de um mandamento geral, cujo conteúdo centraliza um objetivo claro que pode ser traduzido na busca da melhora contínua das relações dos seres humanos com a natureza. A atual dimensão da crise ecológica requer um esforço global solidário, bem como uma atuação exemplar dos Estados na consecução da verdadeira justiça ambiental. Neste contexto, a garantia plena do acesso à justiça ambiental deve desencadear um sentimento de clamor geral por justiça ambiental e uma exortação para que todos estejam engajados nesta nobre causa humanitária. A efetividade deve, pois, estar não apenas na ampla acessibilidade aos mecanismos oficiais de resolução e tratamento dos conflitos, mas também na consecução plena das aspirações legítimas da coletividade por justiça, ou seja, no conteúdo material e na efetividade das decisões e medidas adotadas.” BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da justiça ambiental. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 87, 2002, p. 226.

“liberdade individual”, também representada pela regra “da não prisão civil”.

Novamente, constata-se o conflito entre direitos fundamentais individuais e sociais⁵¹⁶, de modo que as posições que dão guarida a direitos sociais devem prevalecer em relação a direitos individuais⁵¹⁷. Agora, as normas de “proteção do consumidor” e “saúde coletiva” assumem status de “normas absolutas”⁵¹⁸, enquanto a regra “da não prisão civil” assume o status de “norma *prima facie*”.

A distinção da qualidade das normas, nesse caso hipotético, tem relação com a quantidade de indivíduos compreendidos no espectro de proteção de determinada norma. Enquanto a semântica de conteúdos como “proteção do consumidor” e “saúde coletiva” é a proteção de uma coletividade indefinida de pessoas, o conteúdo “da não prisão civil”, *in casu*, objetiva impedir que a liberdade de determinada pessoa seja restringida⁵¹⁹. Nesta situação, deve imperar a norma que garanta o

⁵¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 47.

⁵¹⁷ “Sob a expressão ‘aplicação geral de uma norma’ são suprasumidas todas as situações nas quais a norma é *aplicável*. Por conseguinte, os afetados precisam imaginar as circunstâncias nas quais são dadas todas as características pressupostas pelo conteúdo da norma. Desconsiderarei que raramente é possível decidir de forma inequívoca se as características especiais de uma circunstância são abrangidas pela extensão semântica de uma norma, mas suponho que, nas situações imaginadas pelos participantes, uma aplicação seja possível. Com todas essas características situacionais, às quais se refere o significado dos termos universais utilizados na norma, formar-se-á a quantidade daquelas situações em que a norma poderá ser aplicada. [...] É a diversidade de possíveis situações de aplicação que, *per se*, produz primeiro o material, no qual podemos aferir o direito à validade de uma norma. A partir deste momento, veremos em que medida esse material é relevante para universalização.” GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 26.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 461.

⁵¹⁹ “Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo,

conteúdo de maior efetividade, ou seja, o amparo aos direitos de proteção não prescinde de atitude concreta positiva do Estado, que poderá ser tomada pelo Estado-juiz como medida necessária e adequada à sua concretização⁵²⁰.

Portanto, os direitos de segunda dimensão, que possuem um espectro de incidência coletiva, devem prevalecer e a norma mais adequada à situação concreta será a aplicável⁵²¹.

Dessa maneira, constatada a necessidade de restrição da liberdade individual de outrem, o Estado tem o dever de assim proceder, pois, como visto, deve prevalecer o conteúdo normativo que assumiu a qualidade de norma absoluta. Assim, é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico a determinação de outra medida coercitiva ao invés de medidas de sub-rogação, que no exemplo dado podem ser mais danosas⁵²² ao estabelecimento comercial do que a ordem de coerção

neste sentido, 'direitos de resistência ou de oposição perante o Estado'." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 46-47.

⁵²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, 1996, p. 354.

⁵²¹ "O motivo de ela merecer o predicado de adequação, não é porque esteja, de modo coerente, considerando todos os sinais característicos da situação. Ao contrário, a perspectiva que os participantes vão alternadamente assumindo nessa situação é restringida pelo fato de pertencerem a uma comunidade concreta. Sinais característicos incompatíveis ou põem em perigo todo o sistema de cooperação ou são ignorados. Enquanto as relações dos membros de uma comunidade ainda forem determinadas pelas situações, nas quais essas relações ocorrem, não será possível fazer uma separação entre validade e adequação. Tão restritamente quanto percebo o outro, tão seletivamente considerarei os sinais característicos da situação." GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 114. O que o jurista alemão expõe aqui é que ambas as normas possuem validade no ordenamento jurídico, no entanto, serão as características da situação analisada, no caso concreto, que permitirão ao intérprete definir qual norma é aplicável ou não àquela situação. Ou seja, a norma não aplicada não deixa de ter validade dentro do ordenamento jurídico, ela tão somente não é aplicável na situação específica, concreta, em análise.

⁵²² As medidas de sub-rogação, nesse caso, podem ser consideradas mais danosas, pois caso o magistrado determinasse a entrada sob vara policial no estabelecimento comercial para retirar os produtos de lá, o constrangimento e o prejuízo para a imagem da empresa seriam muito maior do que determinar a coerção pessoal do responsável pela manutenção dos produtos em

pessoal contra o gerente ou responsável pelo supermercado. Em suma, na situação analisada, a hipótese mais adequada também pende para a medida de coerção pessoal⁵²³.

Do exposto, conclui-se que o art. 461, §5º, do Código de Processo Civil⁵²⁴ (cuja disciplina faculta ao juiz tomar as medidas

comercialização. Logicamente, haverá quem possa dizer que a liberdade individual deve preponderar de modo que a medida de execução direta seria a mais cabível. No entanto, os prejuízos que poderiam ser sofridos pela empresa seriam muito maiores, que havendo dano patrimonial, como, por exemplo, perda de clientela em razão da exposição pública do fechamento do supermercado ou da entrada de polícia para cumprimento da decisão judicial, poder-se-ia inclusive pensar em responsabilização civil do Estado no tocante a isto. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 238.

⁵²³ “Em uma interpretação realmente atenta aos direitos fundamentais, e de acordo com a moderna hermenêutica constitucional, não há como enxergar apenas o que há de negativo na utilização da prisão. Se ela constitui violência inconcebível em face de dívidas em sentido estrito, não há como deixar de perceber o seu lado positivo diante da necessidade de tutela inibitória e de prestações que não dependam do desembolso de dinheiro. Esta interpretação deixa de lado o conceito mítico de que a prisão civil é um simples atentado contra a liberdade dos cidadãos e, atenta para a necessidade do uso de coerção pessoal para a efetiva tutela dos direitos, propõe que se veja, ao lado da proibição da prisão civil em todos os casos em que, para o adimplemento, é necessário o desembolso de dinheiro, a *possibilidade do seu uso para impedir a expropriação dos direitos* [Grifo do autor].” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 237.

⁵²⁴ “Realmente não cabe, no momento, decretar a prisão dos representantes legais da TV Ômega, devido a não se evidenciar, com absoluta segurança, a intenção dos diretores e controladores da ‘Rede TV’ de menoscar o que o Tribunal de Justiça decidiu, de forma soberana. Isso porque, a favorecer a tese de falta de premeditação para escarnecer a Corte, aproveita da r. decisão de Primeiro Grau [de Barueri], que autorizou a transmissão. Embora não prevaleça a ordem do Juízo de Barueri, por estar desafiando decisão superior, esse suposto antagonismo judiciário serve, pelo menos, para enfraquecer a convicção de que a TV Ômega esteja desacatando Acórdão que, por unanimidade, preservou a tutela antecipada pleiteada pela TopSports. A Professora ADA PELEGRINI GRINOVER escreveu interessante artigo [Revista de Processo, RT, n. 102, p. 227] pelo qual analisa o sistema *contempt of court* indireto saxão, oportunidade em que sugeriu a introdução dele para armar juízos contra rebeldias insanas dos litigantes derrotados. Verifica-se que o indireto reclama que se esgote, previamente, procedimento para apurar o desrespeito. Resulta, do exposto, não ser medida desarrazoada a prisão civil pleiteada, inclusa que é nas medidas de

necessárias para obter a tutela específica) autoriza, com base constitucional⁵²⁵, o uso da prisão como instrumento coercitivo idôneo, a depender dessa discricionariedade da análise do caso concreto. Em outros termos, não existe restrição legal para o uso da prisão como ferramenta para a concretização de direitos não patrimoniais, principalmente aqueles que suscitam atos positivos do Estado para a sua efetivação⁵²⁶.

apoio do art. 461, §5º, do CPC, conforme anota MARCELO LIMA GUERRA [Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil, RT, 2003, p. 136].” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 416.598-4/0-00**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Brasília-DF. Julgado em 29.09.2005.

⁵²⁵ “*Isso significa que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não pode ser comprometido por um defeito de técnica processual*. Supor que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, é inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Ora, se o direito à tutela jurisdicional restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que estará dando contornos do direito material. Mas, como é óbvio, deve ocorrer exatamente o contrário, pois o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Por essa razão, a ausência de técnica processual adequada para a tutela do direito material representa hipótese de omissão legal que atenta contra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva [Grifo do autor].” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 63.

⁵²⁶ “Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar. Se é possível salvar alguém que está se afogando, seja nadando até ele, seja atirando uma bóia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma serão as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é ou a primeira, ou a segunda ou a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma discricionariedade, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever. E o termo ‘discricionariedade’ é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos a ações positivas [Grifo do autor].” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 461. O que o jurista Robert Alexy tenta demonstrar aqui é que o Estado-juiz possui discricionariedade para determinar o provimento executivo que considerar mais adequado a cada situação concreta, ou seja, deve o magistrado usar a ferramenta efetiva para a concretização dos direitos à prestação. Nos exemplos apresentados, observam-se os direitos “ao meio ambiente equilibrado”, “saúde coletiva” e “proteção ao consumidor”, além de, logicamente, o direito da “prestação da tutela jurisdicional adequada”, como direitos que requerem provimentos jurisdicionais adequados para garantir a sua

4.2.2 Requisitos para uso da prisão como medida coercitiva necessária para a garantia do direito fundamental à prestação da tutela jurisdicional adequada

A análise da possibilidade do cabimento da prisão como instrumento coercitivo para a garantia do direito fundamental à tutela adequada⁵²⁷ indica que a nova redação dada ao §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, trazida pela Lei n. 8.952/1994, rompeu o paradigma da tipicidade dos meios executivos e o intuito do legislador é dar poderes ao magistrado na atuação jurisdicional com vistas a garantir maior efetividade das tutelas jurisdicionais⁵²⁸ que atuam na vontade do réu, aqui tratadas como execução indireta⁵²⁹.

O problema dessa cláusula de abertura é a possibilidade de prática de atos arbitrários por parte do magistrado, de modo que alguma medida desta natureza possa inclusive aniquilar qualquer pretensão acerca da retomada do uso da prisão como instrumento de coerção dentro do ordenamento jurídico brasileiro⁵³⁰. Para tanto, é necessário

respectiva satisfação. Desta maneira, pode o juiz usar qualquer meio para garantir a efetivação da “prestação da tutela jurisdicional adequada”, inclusive dispor do instrumento de coerção pessoal no âmbito do processo civil.

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 235.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 60.

⁵²⁹ No capítulo anterior, firmou-se entendimento sobre a inexistência da tutela mandamental, a qual, na realidade, é uma tutela executiva exercida indiretamente, ou seja, existe ato judicial a fim de garantir a satisfatividade do direito pretendido que atua na vontade do réu, de modo que ele venha a prestar o direito resistido sem a necessidade de uso de meios executivos de sub-rogação ou, ainda, pelo fato de que alguns direitos não podem ser convertidos em perdas e danos. Em suma, entende-se que a tutela executiva abrange os conceitos de execução direta, na qual o Estado se sub-roga no lugar das partes com o fito de garantir a prestação do direito e a execução indireta, na qual o Estado usa meios de coerção para atuar na vontade do réu.

⁵³⁰ “Já ficou claro que o juiz, diante dos arts. 461 e 461-A do CPC e 84 do CDC, tem o poder de determinar o meio executivo adequado ao caso concreto. Porém, seria absurdo imaginar não controlar a racionalidade de suas decisões, isto é, das suas opções. Como nenhum poder pode restar sem controle, e o controle do poder de execução do juiz é imprescindível para a própria legitimidade do Poder Judiciário e para a noção de participação adequada das partes no processo, é evidente que tal controle – diante da quebra do princípio da tipicidade e da regra

que se estabeleçam critérios para o uso da prisão como instrumento coercitivo.

O magistrado que decreta a prisão como medida de coerção apta a garantir maior efetividade das tutelas jurisdicionais⁵³¹ que atuam na vontade do réu, deve fundar-se, primeiramente, nas particularidades do caso concreto⁵³², segundo, certificar-se de que não existe outro meio de atingir o direito pretendido⁵³³. Em outras palavras, o caso concreto deve mostrar que a restrição da liberdade individual é o único meio idôneo⁵³⁴ para garantir o direito em litígio e, conseqüentemente, a observância do direito fundamental à tutela adequada⁵³⁵.

Luiz Guilherme Marinoni⁵³⁶, dissertando sobre tema, aduz: deve-se realizar uma composição equilibrada entre o meio executivo menos oneroso ao réu e o meio executivo que garante o melhor resultado em espécie pretendido.

da congruência – agora deve ser feito de outra forma, muito mais complexa e sofisticada.” MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 67.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 60.

⁵³² GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 246.

⁵³³ LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 12, 2008, p. 255.

⁵³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 239.

⁵³⁵ “Ante o descumprimento de ordem judicial diretamente atingida, temos a parte que não tem seu direito assegurado e resguardado pelo processo, sendo esta a grande prejudicada pela recalcitrância da outra parte em não cumprir com a determinação judicial e, indiretamente, temos o próprio Estado que, diante de um sem-número de decisões não cumpridas, gera efeito contrário àquele que deveria produzir: pacificação social, composição dos litígios, vedação da autotutela, respeito à dignidade da pessoa humana, produção de decisões justas e úteis, respeito e preservação dos direitos e garantias fundamentais etc.” SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 62.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 238.

Em suma, para ser cominada a prisão como instrumento coercitivo para cumprimento de decisão judicial na esfera cível⁵³⁷, deve o julgador levar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto⁵³⁸ e considerar que o direito em litígio, conjugado com o direito fundamental à tutela efetiva e adequada, situa-se na esfera das “normas absolutas”⁵³⁹.

Portanto, ao determinar o cumprimento da ordem sob pena de prisão, o juiz demonstrará os critérios adotados, ou seja, os fundamentos da decisão⁵⁴⁰ que cominou a medida de coerção pessoal, bem como garantir ao réu prazo hábil para satisfação do direito pretendido⁵⁴¹, assegurando, no caso de impossibilidade material de o réu cumprir a

⁵³⁷ LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 12, 2008, p. 254-255.

⁵³⁸ “Também poderá ser invocado o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva para permitir, em determinadas circunstâncias, o uso de meios executórios adequados ainda quando não previstos em lei, em ponderação com o princípio da tipicidade dos meios executórios (corolário do princípio da legalidade).” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, n. 169, p. 58. O comentário que se faz aqui é no sentido de que não há necessidade de usar a técnica da ponderação, pois, como visto, o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil é considerado verdadeira ruptura ao paradigma da tipicidade dos meios executivos. Desta maneira, o que se demonstrou no decorrer deste trabalho é que, para aplicação e uso da prisão como técnica executiva, não se deve lançar mão da “Teoria da Ponderação”, mas sim da “Teoria da Adequação”, de modo que se torna aplicável o uso da coerção pessoal quando esta for a medida mais adequada para a satisfação concreta do direito em conflito.

⁵³⁹ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação, p. 200.

⁵⁴⁰ TAKOI, Sérgio Massaru. O devido processo legal contemporâneo e o direito processual civil brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, v. 404, 2009, p. 289.

⁵⁴¹ “Em sendo a ameaça de prisão medida de coerção indireta que objetiva conformar a vontade do demandado, *deve haver propriamente a ameaça, estabelecendo prazo razoável para o cumprimento da obrigação*, levando em consideração sua complexidade, e não simples e puramente a decretação da prisão quando o réu adimpliu o preceito judicial [Grifo do autor].” LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 12, 2008, p. 255.

decisão, o direito de defesa⁵⁴². Essa cautela exigida do julgador demonstra a salvaguarda do direito fundamental ao processo justo⁵⁴³ e do direito fundamental à tutela efetiva e adequada⁵⁴⁴.

A justificativa para aplicação da coerção pessoal para constranger o réu ao cumprimento da ordem judicial deve observar as garantias constitucionais aplicáveis ao processo e que qualificam a intervenção estatal por meio do processo justo⁵⁴⁵, isto com a intenção de se evitar o cometimento de excessos por parte do magistrado⁵⁴⁶, em razão da

⁵⁴² OLIVEIRA, Cybele. Devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, 2000, p. 186.

⁵⁴³ “Considerando-se a dimensão processual do princípio do devido processo legal, o conceito de justiça se materializa na realização de um efetivo acesso à justiça, o que só ocorrerá, verdadeiramente, em sendo observados os demais princípios de natureza processual, eis que se pode afirmar que todos os demais princípios de natureza processual são densificações do princípio do devido processo legal. Muitos deles, inclusive constam expressamente do Texto Constitucional, como direitos autônomos, a exemplo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, considerados os seus principais corolários.” LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus principais corolários: contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 96, 2007, p. 187.

⁵⁴⁴ “A fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional executiva possibilita uma otimização do uso adequado de meios executórios, prestigiando a tutela judicial efetiva, cabendo, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, o uso da técnica de ponderação para a resolução do caso concreto.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, 2009, p. 59. Já se destacou, no decorrer deste trabalho, e não custa reafirmar, que a técnica utilizada para a resolução do conflito normativo deve levar em consideração o caso concreto, de modo a aplicar a norma mais adequada às particularidades do caso concreto.

⁵⁴⁵ “Giusto processo è formula di antica e illustre ascendenza, alle cui origini si trovano i concetti di *fair trial* e *due processo of la* della tradizione angloamericana.” FERRUA, Paolo. **Il giusto processo**, p. 86. “Processo justo é um conceito antigo cuja origem vem dos conceitos de ‘*fair trial*’ e devido processo legal da tradição anglo-americana [Tradução nossa].” O desenvolvimento do conceito de processo justo foi mais bem aprofundado no primeiro capítulo deste trabalho.

⁵⁴⁶ “A ‘proibição de excesso’, que é uma das fases do princípio da proporcionalidade, e remete a idéias de ‘justa medida’ e de ‘equilíbrio’, é instrumento que permite o controle do poder do juiz na determinação da forma

cláusula de abertura dos meios executivos, conforme dispõe o §5º do art. 461 do Código de Processo Civil⁵⁴⁷, lembrando que a prisão há de ser a última alternativa que o juiz possui para a efetivação da ordem⁵⁴⁸.

Da leitura do inc. LXVII do art. 5º da Constituição Federal, infere-se que a vedação do uso da prisão civil aqui discutida se refere a direitos pecuniários⁵⁴⁹, eis que a ordem constitucional em vigor não veda o uso da prisão como instrumento de coerção para cumprimento de decisão judicial⁵⁵⁰.

Outro critério a ser analisado pelo magistrado para o uso de tal ferramenta executiva alude a litígio que verse única e exclusivamente sobre direitos que não podem ser convertidos em pecúnia⁵⁵¹, ou seja, o direito pretendido não tem caráter patrimonial.

executiva.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 240.

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 58.

⁵⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 240.

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva, p. 240.

⁵⁵⁰ “Na verdade, a concepção de processo, como instrumento posto à disposição das partes, é o que encobre a evidência de que o Estado não pode ser indiferente à efetividade da tutela jurisdicional e à observância do ordenamento jurídico. Se o processo é de fato instrumento para a realização do poder estatal, não há como negar a aplicação da prisão quando está em jogo a efetividade da tutela jurisdicional e o cumprimento do ordenamento jurídico. É, por isso, aliás, que a Constituição não veda este tipo de prisão, mas apenas a prisão por dívida.” SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 63.

⁵⁵¹ “Finalmente, a prisão civil por descumprimento de ordem judicial, como medida extrema, somente pode ser aplicada quando o *objeto mediato da pretensão pleiteada for, ele também, marcado pelo caráter não-patrimonial*, a fim de evitar, por vias transversas, a invasão da proteção constitucional, uma vez que a ordem, a princípio, poderia vir a resguardar direito meramente patrimonial. Em tais circunstâncias, a prisão civil deve ser rechaçada, pois não se pretende uma interpretação sinuosa ao arripio da Constituição [Grifo do autor].” LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 12, 2008, p. 255-256.

Nesses casos, o magistrado estará autorizado a dispor do instituto da prisão para garantir a satisfação de direitos não pecuniários⁵⁵², porém, sem deixar de observar os preceitos constitucionais aplicáveis ao processo e, por se tratar de uma ordem para cumprir um determinado fazer, não fazer ou entrega de coisa, deverá, sempre, conferir prazo hábil para o cumprimento da ordem⁵⁵³, sob pena de seu ato ser incompatível com a ordem jurídica⁵⁵⁴.

Reitera-se, por fim, a prisão como instrumento coercitivo poderá ser utilizada sempre que for o último recurso⁵⁵⁵ idôneo⁵⁵⁶ e adequado para garantir a efetividade do provimento jurisdicional⁵⁵⁷, de modo a

⁵⁵² SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 62.

⁵⁵³ “Sem ameaça, a medida coercitiva fica completamente descaracterizada, fugindo da razoabilidade e dos propósitos da tutela inibitória! Repita-se: não se pretende punir o réu, mas convencê-lo a adimplir! Da mesma forma, um prazo exíguo em nada pode contribuir para tal finalidade. Se o prazo for insuficiente para o cumprimento do comando judicial, o réu não verá qualquer estímulo ao adimplemento, visto que saberá de antemão ser impossível sua observância. Lembre-se que a impossibilidade fática traduz-se em impossibilidade jurídica. É completamente desarrazoado, para além de impossível, determinar o cumprimento de uma prestação complexa num prazo de 72 horas!” LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, n. 12, p. 255.

⁵⁵⁴ LINS, Liana Cirne; A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, n. 12, p. 256.

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, 2005, p. 68.

⁵⁵⁶ SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 63.

⁵⁵⁷ SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 61.

possibilitar que o Poder Judiciário atinja a sua elevada finalidade de pacificador social⁵⁵⁸.

⁵⁵⁸ “Uma Justiça que não assegura os direitos daqueles que os possuem não passa de uma injustiça; um juiz que não faz com que suas decisões sejam cumpridas não sentencia, dá palpite. O que todas as pessoas e toda a sociedade esperam é uma prestação jurisdicional que venha a ser melhor do que é; que resguarde e garanta o livre exercício dos direitos básicos e fundamentais, a fim de que possam viver de forma digna.” SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, 2008, p. 66.

5. CONCLUSÃO

Analisar o instituto da prisão civil na ótica dos direitos fundamentais foi o propósito que orientou este esforço de pesquisa, em especial, porque se entendeu que após a promulgação da atual Constituição Federal, em 1988, o Estado brasileiro assumiu uma postura de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Para cumprir esse desiderato, foi necessário, então, criar um novo meio de compreender e aplicar os preceitos do direito constitucional. Tal perspectiva culminou com o fenômeno do “neoconstitucionalismo”, um novo modelo de aplicação do direito constitucional, cuja concepção base defende que os direitos fundamentais devem difundir-se, irradiar-se para todo o ordenamento, quaisquer que sejam os ramos jurídicos e, assim, nortear a interpretação das normas infraconstitucionais.

A incidência dos comandos constitucionais no ordenamento jurídico tem como consequência, portanto, a necessidade de adoção de técnicas de interpretação das normas jurídicas e os direitos fundamentais são o ponto de partida.

Com base nessa premissa, observou-se que a técnica elaborada por Klaus Günther é a mais adequada para a resolução de conflitos normativo-constitucionais. Isto em razão de esta técnica não considerar o status das normas jurídicas de uma maneira abstrata, mas sim analisar primeiro o caso concreto para então determinar o conteúdo jurídico mais relevante a ser garantido, sempre mantendo a aderência da análise do caso concreto levado à apreciação da jurisdição.

A propósito, Klaus Günther, em sua teoria, não classifica o status de qualquer norma jurídica sem antes analisá-la em relação ao caso concreto e esta constatação permite inferir que dentro da temática do processo civil, em determinadas hipóteses, conforme a natureza do objeto em litígio e as situações fáticas vividas, a cláusula de abertura dos meios executivos, prevista no art. 461, §5º, do Código de Processo Civil autoriza, por exemplo, que o intérprete use a prisão como o instrumento coercitivo adequado à efetivação de provimento jurisdicional. Daí também é possível inferir que a tutela mandamental nada mais é do que um braço da tutela executiva, de modo que no conceito de execução também deve ser recepcionado o uso da força estatal para a garantia de um bem jurídico e para fazer valer o exercício da função jurisdicional.

Dentro desse contexto, a prisão civil assume grande relevo, pois é mais um instrumento coercitivo colocado à disposição do Estado. Logicamente que as restrições existentes ao uso do instituto objetivam preservar a liberdade individual, a fim de impedir que os indivíduos

tenham a sua liberdade restringida pelo Estado pelo só fato de não possuírem dinheiro suficiente para adimplir as suas obrigações pecuniárias. Essa *ratio* foi de fundamental importância para a distinção realizada entre litígios estritamente pecuniários e litígios que podem ser convertidos em perdas e danos. Costurar esta necessária distinção, considerando o escopo deste estudo, permitiu aprimorar o conceito de tutela jurisdicional, antes compreendida como mera garantia formal do direito pretendido, no sentido de que se destina concorrentemente à satisfação material do bem jurídico em litígio.

Os direitos fundamentais eminentemente processuais – garantia formal do direito pretendido e efetivação de provimento jurisdicional – são considerados elementares para o exercício da função jurisdicional: o direito ao processo justo e o direito à tutela efetiva e adequada. A conjunção desses princípios é o que legitima a atuação jurisdicional, pois somente poderá ser considerado legítimo o exercício da jurisdição que garantir a observância das prerrogativas mínimas de um processo justo, como o respeito aos postulados da ampla defesa, do contraditório, da motivação das decisões judiciais, da publicidade dos atos judiciais, entre outros. Além disso, somente será considerada efetiva a atuação jurisdicional que garantir concretamente o bem jurídico pretendido, caso contrário o Poder Judiciário não passa de mero garantidor formal dos direitos.

A prisão analisada nesse contexto pode ser, sim, utilizada como instrumento de coerção pessoal para o cumprimento de determinado *decisum*, valendo lembrar que a decisão judicial que não é cumprida enfraquece o Poder Judiciário e, pior, deslegitima a atuação do Estado como solucionador dos conflitos e como verdadeiro protagonista da paz social.

O instituto da prisão, a toda evidência, não deve ser banalizado e a principal razão é que o direito à liberdade é essencial a todos os indivíduos, indistintamente. Não obstante a localização o direito à liberdade neste patamar superior, não é demais ressaltar a importância do direito à prestação jurisdicional efetiva e adequada, na medida em que traduz e avaliza a legitimidade do Estado perante a coletividade: é direito-meio que garante o direito-fim – a liberdade.

Assim, o Estado, desde que calcado na análise do caso concreto, pode dispor do instrumento da prisão civil como medida coercitiva para garantir a efetivação dos provimentos jurisdicionais, mas não sem, simultaneamente, interpretar e sopesar os bens jurídicos em conflito.

Em rigor, com o instituto da prisão civil, pretende-se amparar o direito fundamental previsto no inc. XXXV do art. 5º da Constituição

Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que não pode ser limitado pelo que dispõe o inc. LXVII do mesmo dispositivo constitucional (“não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”). A justificativa para tal afirmação é que a vedação constitucional ao uso da prisão civil deve ser interpretada de maneira restritiva, única e exclusivamente, em relação a dívidas pecuniárias.

No plano infraconstitucional, a expressão “medidas necessárias”, contida no §5º do art. 461 do Código de Processo Civil, não tem outro propósito senão colocar à disposição do magistrado mecanismos hábeis e suficientes para a concretização das decisões judiciais.

No decorrer da análise também se percebeu que os direitos em espécie (ambiental, estado da pessoa, consumidor, especialmente referente a prestações de fazer) não prescindem de mecanismos hábeis e efetivos para a sua concretização por meio judicial. Para tanto, a Lei n. 8.952/1994 rompeu o paradigma da tipicidade a fim de que os meios executivos pudessem ser utilizados da maneira mais adequada e eficaz para a efetivação da decisão judicial.

A prisão civil, portanto, quando utilizada como instrumento coercitivo possui guarida constitucional, desde que seja o último recurso idôneo para a efetividade da decisão judicial. Para legitimar a atuação jurisdicional nesse sentido, o magistrado deve fundamentar a sua decisão na disciplina do art. 461, §5º, do Código de Processo Civil, em cotejo com as peculiaridades do caso concreto, com vistas a demonstrar que não existe outro recurso para a satisfação do bem jurídico em litígio, senão o uso da restrição da liberdade individual.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, v. 4, p. 23-51, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDOLINA, Italo Augusto. Il “giusto processo” nell’esperienza italiana e comunitária. **Revista de Processo**. São Paulo, RT, n. 126, p. 95-115, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. O art. 461 do CPC (tutela específica) e a proteção contra a pirataria e contrafação. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, n. 408, 2010.

ASSIS, Araken de. Sobre a execução civil (réplica a Tesheiner). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 102, p. 9-23, 2001.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI.

_____. **Manual de execução civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, 2009, p. 2-3. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/679/507> >. Acesso em 12 mar. 2014.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Execução obrigacional e mandamentalidade. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 17, p. 26-42, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 77, 1995.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BODNAR, Zenildo. O acesso e a efetividade da justiça ambiental. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, n. 125, p. 221-263, 2012.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes. Os meios expropriatórios após a nova sistemática da execução civil por quantia certa contra devedor solvente e a possibilidade de aplicação da multa diária (astreintes). **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 89, p. 114-135, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL, Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969.** Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 12 mar. 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 309.** Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0309.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 1.311.941.** Terceira Turma. Ministro Relator Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) Brasília-DF. Julgado em 16.11.2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000928317&dt_publicacao=24/11/2010> Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 16.073/SP.** Quarta Turma. Relator Ministro César Asfor Rocha. Brasília-DF. Julgado em 13.03.2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 130/DF.** Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Britto. Brasília, DF. Julgado em 30.04.2009. p. 38 do voto do relator. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI n. 609054**, Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF. Julgado em 03/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=1935354>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 59634**, Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. Julgado em 24/03/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 96772**, Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF. Julgado em 09/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=96772&classe=HC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 87.585-8/TO**. Relator Ministro Marco Aurélio [trecho extraído do voto-vista do Ministro Celso de Mello]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 95.967-9/MS**, Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. [trecho da ementa]. Brasília-DF. Julgado em 11.11.2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recuso Extraordinário n. 349.703-1/RS**, Plenário. Ministro Relator para o Acórdão Gilmar Mendes [trecho extraído do voto do Ministro Ilmar Galvão]. Brasília-DF. Julgado em 03.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP**, Plenário. Relator Ministro César Peluso [extração do voto do Ministro Gilmar Mendes]. Brasília-DF, Julgado em 03.12.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 562.051-4**, Plenário. Relator Ministro César Peluso [trecho extraído do voto do Ministro Marco Aurélio]. Brasília-DF, Julgado em 14.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/0025vinculante.htm>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRUSCATO, Wilges. Efetividade no processo de execução. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 129, p. 9-49, 2005.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Filosofia do direito, neoconstitucionalismo e processo contemporâneo. **AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 123, p. 297-335, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**: estudos sobre o processo civil. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19-27.

CAMBI, Eduardo. Protagonismo judiciário responsável. **Argumenta**. Qualis B2. Jacarezinho-PR, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, UENP, n. 16, p. 83-98, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo de execução depois da reforma. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 80, p. 14-26, 1995.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação de alimentos e prisão civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 13, p. 61-70, 1978.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil** Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. III, 1974.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Traduzida por J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 3.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GOMES, Frederico Barbosa. Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, TCE-MG, v. 71, p. 63-91, 2009.

DEL CLARO, Roberto Bengui. Devido processo legal – direito fundamental, princípio constitucional e cláusula aberta do sistema processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 126, p. 260-293, 2005.

DIAS, Jean Carlos. O controle judicial: direitos fundamentais e a teoria do processo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 83, p. 95-117, 2013.

DIDIER JR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, p. 266-281, 2004.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafale. **Curso de direito processual civil: Execução**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, v. 5.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A execução na teoria geral do direito processual civil**. 1972. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de São Paulo. São Paulo-SP, 1972.

_____. Execução de liminar em mandado de segurança. Desobediência. Meios de efetivação da liminar. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Fórum, n. 200, p. 309-325, 1995.
DINIZ, Gustavo Saad. Prisão civil e sua interpretação atual. **Revista Consulex**. Brasília, Consulex, janeiro/dezembro 2000.

DONIZETTI, Elpidio. O processo como meio de efetivação dos direitos fundamentais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, TRT 3ª Região, n. 81, p. 373-394, 2010.

DOTTI, Rogéria Fagundes. A crise no processo de execução. **GENESIS – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, p. 372-394, 1996.

FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, pós-positivismo, formalismo-valorativo. A supremacia constitucional no estudo do processo. **Revista Ética e Filosofia Política**. Juiz de Fora-MG, UFJF, n. 15, v. 2, p. 103-117, 2012.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. Os atos de expropriação forçada no processo de execução e a Lei 11.82/2006. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 146, p. 151-174, 2007.

FERRUA, Paolo. **Il ‘giusto processo’**. 3. ed. Torino: Zanichelli Bologna, 2012.

GOMES, Gustavo Gonçalves. A nova execução de alimentos e as implicações trazidas pelas recentes reformas processuais. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de; LAMY, Eduardo de Avelar (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 479-487.

GORON, Lívio Goellner. **Tutela específica de urgência**: antecipação da tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 79, p. 65-76, 2005.

_____. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, p. 219-227, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2. ed. São Paulo: Forense, 2011.

KIM, Richard Pae. Neoconstitucionalismo – hermenêutica constitucional e atividade jurisdicional na tutela dos direitos do cidadão. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 116, p. 269-290, 2009.

KIST, Dário José. O Estado Social e o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, n. 80, p. 83-103, 2000.

KOURY, Luiz Ronan Neves. O juiz do trabalho e as medidas coercitivas. **Revista do TST**. Brasília, TST, n. 3, p. 31-46, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de derecho procesal civil**. Traduzido por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1980.

LAMY, Eduardo de Avelar. Prisão penal e coerção processual civil. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 19, p. 76-88, 2001.

LIMA, Iara Menezes. O devido processo legal e seus principais corolários: contraditório e ampla defesa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 96, p. 161-189, 2007.

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, Renovar, n. 12, p. 223-262, 2008.

MAGALHÃES, Joseli Lima. O ativismo judicial como mecanismo de decisionismo à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 121, p. 181-200, 2011.

MAGALHÃES, Moacir Lima. O devido processo legal e os direitos fundamentais. **Revista de Ciência Jurídica e Social da Unipar**. Umuarama-PR, Unipar, v. 09, n. 01, p. 179-188, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. Hermenêutica e processo civil. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 124, p. 127-145, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. O acesso à justiça e o institutos fundamentais do direito processual. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito. **Genesis – Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR, Genesis, n. 2, p. 347-372, 1996.

_____. Controle do poder executivo do juiz. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 127, p. 54-74, 2005.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**. Lima: Palestra, 2007, p. 2. Disponível em: <http://www.academia.edu/1595825/DERECHO_FUNDAMENTAL_A_LA_TUTELA_JUDICIAL_EFECTIVA>. Acesso em: 12 mar. 2014.

_____. **Curso de processo civil**. Teoria geral do processo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MARTINEZ, Maria Beatriz. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 128, p. 129-148, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e a sua incorporação no ordenamento brasileiro. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 87, p. 16-50, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil** – Princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELGARÈ, Plínio. A ética como dimensão construtivista do direito. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 80, p. 291-314, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa; Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 77, p. 168-176, 1995.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, v. 11, n. 43, p. 247-268, 2008.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela executiva e a técnica da ponderação. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 169, p. 38-63, 2009.

NORONHA, Carlos Silveira. A causa de pedir na execução. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, p. 26-39, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 32, p. 7-32, 2005.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul, v. 33, 2006.

OLIVEIRA, Cybele. Devido processo legal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 32, p. 176-192, 2000.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do *due process of law*. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, Dialética, n. 64, p. 1.095-1.106, 2008.

PAPP, Leonardo. Tutela inibitória e cumulação de pedidos: uma análise a partir da classificação das tutelas aderentes ao direito material.

Genesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba-PR, Genesis, n. 31, p. 96-139, 2004.

PINHEIRO, Guilherme César. As reformas processuais e o devido processo legal: incursões sobre a razoável duração do procedimento e a efetividade processual no processo democrático. **Prismas: Direito Político, Público e Mundial**. Brasília-DF, UniCEUB, v. 8, p. 77-116, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, t. VI, VII.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAVO, Linda Maria. **The role of principle of effective judicial protection in the EU and its impact on national jurisdictions**. p. 102. Disponível em:

<<http://www.openstarts.units.it/dspace/bitstream/10077/8192/1/ravo.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2013.

REICH, Nobert. Judicial protection in the EU. **Revista Direito GV**. São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, v. 1, n. 2, p. 111-136, 2005.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. Prisão civil do depositário infiel em face da derrogação do art. 1.287 do Código Civil pelo Pacto de São José da Costa Rica. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 756, p. 37-52, 1998.

RIO GRANDE DO NORTE. **Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança com liminar n. 2012.014913-4**. Relator Desembargador Virgílio Macêdo Jr., decisão monocrática. Brasília-DF. Julgado em 28.01.2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AReg n. 7000302176-3**. Primeira Câmara Especial Cível. Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento. Porto Alegre, RS. Julgado em 27/03/2002.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O neoconstitucionalismo, a teoria dos princípios e a dimensão ético-moral do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília-DF, Senado Federal, n. 186, p. 245-264, 2010.

ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. **Anais... XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA**, jun. 2008, Salvador-BA, p. 3.816. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/amelia_do_carmo_sampaio_rossi.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 416.598-4/0-00**. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Brasília-DF. Julgado em 29.09.2005. <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2164011&vlCapcha=yvjwf>> Acesso em: 16 mar. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n. 0074326-48.2001.8.26.0000**, 34ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Nestor Duarte. São Paulo, SP. Julgado em 24.10.2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; PETTERLE, Selma Rodrigues. A prisão civil do depositário infiel no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: evolução e perspectiva em face da recente orientação adotada pelo STF. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 116, p. 173-197, 2009.

SANTOS, Aline Maia; MARCONDES, Gustavo Viegas; ALVES, Jaqueline Querino; ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. Neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e a tutela adequada dos direitos transindividuais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, HS Editora, n. 18, p. 229-245, 2012.

SOUZA, Bruno Preti. A prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial como medida assecuratória do Estado Democrático de Direito sob a ótica do acesso à justiça e da prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 22, p. 47-74, 2008.

SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão civil do depositário infiel: a inconstitucionalidade do artigo 666, § 3º do Código de Processo Civil. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, Magister, n. 18, p. 56-64, 2004.

TAKOI, Sérgio Massaru. O devido processo legal contemporâneo e o direito processual civil brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, Forense, v. 404, p. 281-293, 2009.

TALAMINI, Eduardo. Prisão civil e pena e “execução indireta” (a garantia do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 92, p. 37-51, 1998.
TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. O art. 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 147, p. 50-72, 2007.

TESHEINER, José Maria. Execução civil (um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis). **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 102, p. 24-54, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 125, p. 60-78, jul. 2005.

_____. O cumprimento das medidas cautelares e antecipatórias. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 140, p. 7-27, 2006.

UNITED STATES OF AMERICA. Justia US Supreme Court. **Shaughnessy v. Mezei (1953)**, [inteiro teor de decisão da Suprema Corte]. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/206/case.html>>. Acesso em 12 mar. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. Justia US Supreme Court. **Wilner v. Committee on Character (1963)** [inteiro teor de decisão da Suprema Corte]. Disponível em:

<<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/96/case.html>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

UNITED STATES SENATE. **Constitution of the United States**.

[Written in 1787, ratified in 1788, and in operation since 1789.].

Disponível em:

<http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>.

Acesso em 12 mar. 2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O *contempt of court* no novo processo civil.

Genesis – Revista de Direito Processual Civil. Curitiba-PR, Genesis, n. 32, p. 336-356, 2004.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 94, p. 105-132, 2004.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência: em busca da harmonização dos valores segurança e efetividade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 192, p. 242-265, 2011.